DELLA

SEPARAZIONE DEL PATRIMONIO

DEL DEFUNTO DA QUELLO DELL'EREDE

E SPECIALMENTE

DEI RAPPORTI CHE NE RISULTANO TRA I CREDITORI
DEL DEFUNTO E QUELLI DELL'EREDE

DISSERTAZIONE DI LAUREA

DEL DOTTORE

GIORGIO ENRICO LEVI

APPROVATA CON PIENI VOTI ASSOLUTI E LODE

E STAMPATA PER VOTO UNANIME

della Facoltà Legale della R. Università di Pisa

AI MIEI DILETTI GENITORI

IN SEGNO DI VERACE AFFETTO E PROFONDA RICONOSCENZA

La Facoltà in ordine all'art. 59 del Regolamento ha espresso il voto unanime, che sia stampata la dissertazione liberamente scelta dal candidato signor Levi.

Il Preside
FRANCESCO BUONAMICI.

PREMESSA

Era mia intenzione, quando tolsi a studiare il tema della Separazione del Patrimonio del defunto da quello dell'erede, svolgerlo nel modo più ampio, ma la sua vastità, non meno che la sua difficoltà quasi proverbiale, al dire del Valette, dando ogni singola sua parte appiglio a lunghe disquisizioni, il tempo ristretto che mi era proposto, e il timore di abusare della sofferenza dei miei Illustri Esaminatori, mi fecero deporre il primitivo pensiero. Mi rivolsi allora a ricercare in esso un qualche punto importante, che di studio speciale fosse meritevole, e rimasi incerto nel dare la preferenza alla questione, se la Separazione dei Patrimoni fosse o no un privilegio, ovvero all'altra relativa ai rapporti che ne risultavano trà i creditori del defunto e quelli dell'erede. E avendo perso la speranza di aggiungere nulla di mio alla prima questione, come quella, che era stata con molta dot-

trina svolta in scritti voluminosi dal Blondeau, dal Barafort, dal Masson, e da altri molti, m' appigliai alla seconda, che per non essere stata abbastanza approfondita e per la sua importanza tanto teorica che pratica, mi sembrava degna di richiamare l' attenzione di ogni studioso delle legali discipline. E a far risaltare maggiormente l' importanza del mio tema, ho voluto, che questo andasse accompagnato ad una succinta e generale esposizione dell' istituto della separazione dei patrimoni, nella quale ho procurato di toccare brevemente le principali questioni, che in essa si agitavano. Che se, al grave còmpito che mi era imposto, non corrisposero le deboli mie forze, spero che a procacciarmi tuttavia l' indulgenza de' miei dotti maestri, varranno lo studio e il buon volere, non meno che la considerazione dell' aridità del tema da me prescelto.

CAPITOLO I.

Definizione del benefizio della Separazione dei Patrimoni e suo confronto col benefizio d' inventario.

Quando coll' accettazione viene a cessare la finzione giuridica, che fa considerare l' eredità come tuttora personificata nel defunto e da lui tuttavia posseduta, si opera una confusione. Tale confusione astratta, giuridica, del patrimonio del defunto, non meno che della sua personalità, con quello dell'erede potrà talvolta venire a ledere l'interesse di questo o dei creditori ereditari e dei legatari, secondo che si troverà che il passivo superi di gran lunga l' attivo nel patrimonio del defunto o in quello dell' erede. Se infatti i debiti e i pesi dell'eredità eccedono il valore delle sue attività, ne risentirà necessariamente danno l'erede, che sarà costretto a pagare coi propri beni le obbligazioni rimaste insoddisfatte, poichè colla accettazione si è riconosciuto spontaneamente debitore al posto del defunto, *is qui miscuit,*

se contrahere videtur. Se al contrario il patrimonio dell'erede si troverà oberato, allora in pericolo sarà l'interesse dei creditori ereditari e dei legatari, che saranno giustamente spaventati dall'idea che su quei beni del defunto, sui quali facevano un qualche assegnamento, vengano in loro concorrenza anche i creditori dell'erede. Ad ovviare a questi pericoli furono introdotti il *benefizio d' inventario* e il *benefizio della separazione dei patrimoni*.

Diversi sono gli scopi di queste due istituzioni. L'una mira a tutelare l'erede, l'altra i creditori ereditari ed i legatari. La prima conforta l' erede a non peritarsi dinnanzi ad una successione, di cui non può ben conoscere lo stato effettivo, e invece di ripudiarla o di lasciarla lungamente senza rappresentanza, gli permette di poterla accettare senza timore. Il benefizio d' inventario da lui invocato infatti non solo non lo obbligherà al pagamento dei crediti ereditari e dei legati, che dentro il valore dei beni a lui pervenuti, ma impedirà la confusione del patrimonio proprio con quello del defunto, conservando il diritto di ottenere il pagamento de' suoi crediti. La seconda assicura ai creditori ereditari ed ai legatari il soddisfacimento sui beni del defunto, fingendo che il loro debitore sia tuttora vivente. La separazione dei patrimoni dunque non permetterà più che i creditori dell'erede accampino sui beni ereditari uguali pretese dei creditori del defunto; questi non saranno costretti a correre forzatamente la fede di un

debitore nuovo, e l' erede piuttosto che come proprietario non si potrà più considerare che come detentore delle cose ereditarie.

Tanto il benefizio d'inventario, quanto la separazione dei patrimoni sono dunque venuti a mitigare il soverchio rigore del diritto, e i dannosi effetti che dall' accettazione pura e semplice dell'eredità potevano risultare. È l'equità, che non permise che si verificasse questa ingiusta spogliazione, sia dell' erede, sia dei creditori ereditari e dei legatari e che introdusse questi due benefizi. Se si fosse accordato nell' antico Diritto Romano il benefizio d'inventario soltanto agli eredi *sui* e *necessarii*, istituiti a loro insaputa e loro malgrado, questi due benefizi si sarebbero potuti dire ugualmente richiesti dai principii di ragione e di giustizia, ma concedendosi anche agli eredi *volontarii*, mi sembra che si è venuti a favorire più gli eredi dei creditori ereditari e dei legatari; tanto più, che gli eredi godevano già del *beneficium abstinendi* (1).

Rispetto all'erede *volontario*, il beneficio d' inventario non è infatti l' unico mezzo offertogli per potersi liberare dal danno, che può risentire da un' eredità oberata che gli fosse stata lasciata, poichè ha sem-

(1) Il *beneficium abstinendi* o benefizio dell'*astensione* fu introdotto dal Pretore, che venne a mitigare il soverchio rigore del diritto, non permettendo, che sempre l' erede *suus et necessarius* debba risentire danno da una eredità oberata che gli fosse stata lasciata. Il Pretore, come poteva accordare il *beneficium separationis* all' erede *necessarius*, cioè allo schiavo, affinchè questi potesse separare il proprio patrimonio da quello del patrono, così poteva

pre la facoltà di ripudiarla dopo essersi perfino valso del *jus deliberandi.* Non così il creditore ereditario ed il legatario, ai quali invece non si offre altra via per raggiungere lo stesso intento, che quella di chiedere la separazione. Nè si può revocare in dubbio la legittimità di questa istituzione. Essa non viene a ledere dei diritti già acquisiti dai creditori dell' erede sui beni del defunto in virtù dell' accettazione. Questa non confonde col patrimonio particolare dell' erede l' attivo soltanto del patrimonio del defunto, ma anche i debiti e i pesi da lui lasciati, poichè *bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno.* Lagnarsi dunque giustamente potrebbero soltanto i creditori dell'erede, se fosse loro vietato di soddisfarsi anche sui beni dell' eredità liberata dalle sue passività, ma ciò non vuole il benefizio della separazione dei patrimoni. Questo diritto, se male non mi appongo, non fa che sospendere l' accettazione dell'eredità, fintantochè i creditori ereditari ed i legatari siano soddisfatti, permettendo, che dopo pienamente si verifichi la confusione e che liberamente possano affacciare le loro pretese sui beni avanzati i creditori dell' erede, se pur vi sono.

abilitare l'erede ad astenersi dall'eredità. Erede di fronte alla legge civile egli era sempre, essendo diventato tale *ipso jure* ed anche *suo malgrado,* ma si fingeva che erede non fosse e perciò dall'eredità non risentiva nè vantaggio, nè danno. Circa poi a sapere in che differiva più particolarmente il *beneficium abstinendi* accordato all'*heres suus et necessarius* dal *beneficium separationis* concesso all' *heres necessarius* si consulti Doveri: Istituzioni di Diritto Romano vol. 2.° §. 737, pag. 578.

Spiegato che cosa sia il benefizio della separazione dei patrimoni e in che differisca dal benefizio d'inventario, mi farò ora ad accennare i principali mutamenti, che poco per volta s'introdussero in questa istituzione.

CAPITOLO II.

Svolgimento Storico del benefizio della separazione del patrimonio.

Per quanto elevata possa essere la mente di un Legislatore, per quanto grande la sapienza di un popolo, non v'è istituzione che col volgere dei tempi non abbia sentito il loro influsso e non sia venuta mano a mano a correggersi, perfezionarsi e talvolta perfino a mutar natura. Così accadde del benefizio della separazione dei patrimoni, il cui concetto venne lentamente a modificarsi e a rispondere sempre più ai principii di equità e di giustizia, che gli dettero origine. Ciò risulterà viemeglio dal considerare brevemente il differente carattere, che assunse tale benefizio nei diversi stadi del Diritto dai Romani fino ai giorni nostri.

Ignorasi quale fosse precisamente l'epoca in cui sorgesse. Il Dollinger dice non prima del settimo secolo; nè repugna il credergli, essendo concordi tutti

i trattatisti [1] nell'affermare, fondandosi sul posto che occupa questa materia nelle Pandette e nel Codice [2] che fosse strettamente connessa coi modi di esecuzione forzata [3], cioè colla vendita dei beni del debitore, la quale, come si sa, fu solo nel 664 di Roma, se non introdotta, almeno perfezionata sotto il nome di *emptio bonorum* [4]. Quello che è certo si è, che tale istituzione non ripeteva la sua origine dal *jus quiritium*, essendo invece stata introdotta coll'Editto del Pretore,

[1] Barafort: Traité théorique et pratique de la Séparation des Patrimoines n.° 6, pag. 11; Dollinger: Traité de la Séparation des Patrimoines en Droit Romain dans l'ancien et dans le nouveau Droit Français n.° 8, pag. 6; Masson: Étude sur la Séparation des Patrimoines n.° 4, pag. 7.

[2] Nelle Pandette il Titolo *De Separationibus* (XLII, 6) stà fra quello *De Rebus auctoritate judicis possidendis seu vendendis*, e l'altro *De curatore bonis dando*, sicchè la separazione dei patrimoni doveva aver luogo tra il primo decreto del Pretore, che inviava i creditori in possesso dei beni del loro debitore e il secondo decreto, che nominava il curatore a questi beni, posti sotto la salvaguardia della giustizia, nell'interesse dei creditori. Nel Codice poi è perfino sotto la stessa rubrica (VII, 72), che si tratta dell'invio in possesso dei creditori e delle separazioni.

[3] L'esecuzione forzata, la vendita dei beni del debitore, in una parola l'*emptio bonorum*, introdotta dalla lex Petillia Papiria, lungi dal doversi considerare come una misura severa contro i debitori, si deve riguardare relativamente ai tempi in cui venne emanata, come una disposizione benigna. I mezzi costrettivi sulla persona del debitore infatti vennero da quella legge abrogati. Non solo non potè più il crudele creditore far vendere il debitore insolvente *trans Tiberim* o perfino ordinare che *tertiis nundinis partes secanto*, ma non gli fu più lecito neppure di caricarlo di catene *(necti)*, quando avveniva la *manus injectio*. Su queste disposizioni rigorose contro i debitori insolventi, ordinate dalla legge delle XII Tavole si consulti la bella opera sulle *Legis actiones* del Prof. Buonamici e la Storia del Diritto Romano di G. Hugo.

[4] Chi volesse sapere, come dalla *sectio bonorum*, ordinata dalla lex Petillia dell'anno 643, si venisse dal Pretore Publio Rutilio all'*emptio bonorum* e quale fosse il suo processo, consulti il Dollinger: op. cit. §. 3, pag. 6, e seg.; Demangeat: Cours de Droit Romain t. 2 pag. 134; Gajo: Comment. IV, §. 35.

come ci afferma Ulpiano. Ed era naturale, che il provvedimento della separazione dei patrimoni accordato ai creditori e legatari del defunto, come mezzo per sottrarli alle frodi o all' inesperienza dell' erede dovesse essere piuttosto introdotto dal Pretore, che dal rigoroso Diritto Civile. Infatti, stando alla finzione giuridica è vero, che l'erede che ha adita l'eredità, per la finzione che esso continua la personalità del defunto si considera come il defunto stesso, ma in realtà è una persona diversa e secondo i principii di equità non doveva certo sembrare giusto, che il creditore potesse essere costretto a correre forzatamente la fede di un debitore nuovo.

Non è mia intenzione l' esporre in questo luogo dettagliatamente il diritto, che nei primi tempi regolava questa materia, avendo divisato farlo in un apposito capitolo destinato al Diritto Romano; però mi si conceda intanto di notare i caratteri principali di questa istituzione i quali variarono col mutare dei tempi.

La domanda dunque della separazione dei patrimoni che, come ho già notato, era strettamente connessa alle vie di esecuzione contro i debitori, era unica e collettiva [1]; essa spettava a varie specie di persone; non poteva essere intentata che dentro cinque anni, *ab adita hereditate;* e una volta otte-

[1] *Communis cautio* (Dig. De Sep. l. 4). Mourlon: Répétitions écrites sur le 2.e Examen du Cod. Nap. ediz. Paris 1866 t. 2.e §. 408. Barafort: op. cit. §. 6, pag. 12; Demolombe: Successions, tom. V, n.o 104.

nuta, mentre secondo alcuni non dava più diritto ai creditori ereditari, che non erano ancora stati soddisfatti per intiero sui beni del *de cujus*, di concorrere sui beni dell'erede, secondo altri invece dava loro tale diritto, perchè in precedenza fossero stati pagati i creditori personali dell'erede.

Perciò carattere principale della separazione, secondo la maggior parte degli interpreti, che ritenendo esclusivamente la prima opinione di Paolo ed Ulpiano, e ponendo a torto in non cale la seconda di Papiniano, sarebbe quello di un diritto che rescinde l'adizione dell'eredità in un modo assoluto e perpetuo e che fa ritenere l'eredità come tuttora posseduta dal defunto e non dall'erede.

Tale era il concetto, che si formava la legislazione Giustinianea del benefizio della separazione dei patrimoni e tale continuò a sussistere fino al diritto più moderno del Basso Impero ([1]), epoca in cui verosimilmente ai soli creditori e legatari del defunto ([2]) si restrinse la facoltà di chiedere la separazione dei patrimoni. Nè poteva essere altrimenti. Abolita la schiavitù, non vi era più luogo, come una volta ad accordare tale benefizio allo schiavo affrancato, che non voleva che il proprio patrimonio si confondesse con quello oberato del patrono (Dig. De Sep.

([1]) Dollinger: op, cit. §. 2, n.° 4, pag. 2.

([2]) Ai quali *praecipue*, anche nei primi tempi veniva accordata la separazione dei patrimoni, come osserva il Voet: Commentarius ad Pandectas lib. XLII, tit. VI, n.° 2.

l. 1 §. 18). Allargati i diritti dei figli di famiglia, e scomparsa la distinzione dei peculi, non si parlò più di separazione da accordarsi a chi prestò del danaro ad essi in considerazione del peculio castrense [1] (Dig. De Sep. l. 1 §. 9). Diminuita l'importanza del principio Romano di voler favorire in tutti i modi la successione testamentaria, scomparve la sostituzione pupillare e con quella la separazione, di cui è questione alla l. 1 §. 7. Dig. De Sep.

La separazione dei patrimoni si continuò ad accordare dunque ai soli creditori e legatari del defunto [2] e in Italia, fino ai tempi più moderni rimase quale era per lo innanzi, non rinvenendosi negli autori, come osserva il Righini [3], cenno di usi e dottrine contrarie o divergenti, quanto alla sua natura o carattere. La regolarono dunque quelle leggi Romane, che per vastità e giustezza di vedute, per il profondo senso pratico di cui erano improntate, e per quella maestà, che come osserva il Montesquieu [4] ricordava all'Italia la sua dominazione su tutta la terra, non solo sopravvissero alle barbarie medioevali, ma furono perfino tolte a modello dalle mo-

(1) Dollinger: op. cit. n. 29 pag. 18 avverte, che nel *Lebrun* si trova fatto cenno della separazione accordata ai creditori del peculio castrense, ma ciò, dice egli, proviene soltanto da una reminiscenza storica.

(2) Anzi nelle moderne Legislazioni sotto l'espressione *separazione dei patrimoni* non s'intende comunemente che quella accordata ai soli creditori e legatari del defunto.

(3) Righini: La separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede ec. pag. 15.

(4) Montesquieu: Esprit des Lois lib. 28, cap. 6.

derne civili legislazioni. Tuttavia è forza il confessare, che la dottrina Romana della separazione dei patrimoni è stata abbandonata in gran parte al giorno d'oggi, non meno che nell'antico Diritto Consuetudinario francese, ove sebbene il Lebrun dicesse « C'est « une matière, que nons empruntons toute du droit « Romain » tuttavia non pochi furono gli erronei ammaestramenti, che vi incorsero. Ed era naturale, essendo rilasciato nei paesi, ove non vigeva le Droit Écrit, all' assoluto arbitrio della Giurisprudenza il decidere le questioni che potevano presentarsi e non trovandosi in nessuna delle consuetudini di allora fatto menzione della separazione (1). Non solo, essa cessò di essere un accessorio della *bonorum emptio*, potendo essere invocata in un modo principale, come una via che poteva assicurare ai creditori ereditari il pagamento delle loro pretese (2), non solo non vi fu più bisogno di chiederla (3), non solo erroneamente venne accordata anche ai creditori dell' erede (4), ma perfino essendo stata data la preferenza all'opinione di Papiniano, con una falsa sua interpretazione, come

(1) Anzi, secondo il Raviot *sur* Périer: quest. 291, osserv. I.ª nel diritto Consuetudinario Francese, la parola *separazione* non si riferirebbe, che a quella detta dai Francesi: *séparation de biens et de corps*, intercedente tra i conjugi.

(2) Dollinger: op. cit. n.º 29, pag. 18.

(3) Sebbene, come dice il Le Prestre dapprima fosse necessario di provvedersi dalla Cancelleria delle *Lettres Royaux*, nel seguito però il Lebrun (Tr. des Succ. lib. 4, Cap. 2, Sez. 1, n.º 24) potè dire: « La séparation est « de plein droit parmi nous, et non sujette à demande ».

(4) Domat: Lois civiles lib. III, tit. II, n.º 1.

nel seguito dimostrerò, si venne a mutare il carattere che tale istituzione aveva in diritto Romano. Infatti non si ritenne più che cancellasse l'adizione dell'eredità, ma la si considerò come un semplice *diritto di preferenza,* tra i creditori del defunto e quelli dell' erede, non bastante a perseguitare i beni già alienati da questo.

Notevoli furono dunque le innovazioni introdotte nella dottrina Romana riguardante la separazione dei patrimoni durante l'antico Diritto Francese, e non subirono veruna alterazione nel periodo intermediario, cioè dalla Rivoluzione Francese alla promulgazione del' Codice Napoleone poichè, mentre la legge del 3 Messidoro Anno III, che organizzava un nuovo sistema ipotecario, e che non andò mai in vigore, neppure se ne occupava, la legge dell'11 Brumajo anno VII all'art. 14 Cap. V. mostrava che intorno a questa materia voleva riferirsi alle leggi già esistenti.

Il 29 Marzo 1804 venne promulgata l'ultima parte del Codice Napoleone, ma questo fu lungi dal togliere la separazione dai traviamenti del diritto Consuetudinario Francese e ricondurla con utili modificazioni ai sani principii del diritto Romano. Intento ad estendere ad essa una delle più importanti riforme del nostro secolo, che tanto contribuì allo sviluppo del credito, l'iscrizione, cioè, e pubblicità nei libri ed uffici ipotecari, di tutti i vincoli che affettano gli immobili, trascurò di essere chiaro e trattando

in un modo imperfetto questa materia tanto intricata, l' avvolse in una profonda oscurità, sicchè anche al giorno d'oggi e commentatori e trattatisti si affannano ognora, onde poter scoprire la mente del legislatore Francese, che ci lasciava quei pochi e disordinati articoli intorno ad essa ([1]).

L'Italia pure, cedendo agli imperiosi dettati della scienza, abbandonato in gran parte il Diritto Romano ed avendo tolto a modello il Codice Napoleone, nelle diverse legislazioni che reggevano le sparse sue membra, venne a regolare la separazione dei patrimoni in un modo nuovo, ma incompleto.

Solo il Codice Parmense, promulgato nel 1820 e giustamente lodato per le molte e utili riforme che specialmente nel sistema ipotecario introdusse, sdegnando di farsi in tutto servile imitatore del diritto francese, come aveva fatto il Codice delle Due Sicilie del 1819, osò spingersi innanzi e risolvere affermativamente la questione tanto controvertita, se la Separazione sia una vera e propria garanzia reale.

Il Codice Generale Austriaco, che resse il Lombardo-Veneto, ed è tuttora vigente nelle Provincie Venete, e che invece di accogliere il principio: *le mort saisit le vif* del Codice Napoleone rimase fedele all' adizione dell' eredità, anche rispetto alla separa-

([1]) Rinvio al Dollinger: op. cit. Sez. 4. n.° 42, pag. 28 e seg.; e al Righini op. cit. pag. 17 e seg. e pag. 56 e seg. che ampiamente e con molta dottrina svolsero questa parte, chi si mostrasse desideroso di conoscere i diversi sistemi, che intorno alla separazione dei patrimoni, di fronte al Cod. Nap. furono sostenuti.

zione dei patrimoni volle seguire la chiara e semplice Dottrina Romana, aggiungendovi il diritto di *prenotazione* (1) e inoltre richiese che la separazione fosse domandata prima dell'aggiudicazione dell'eredità, mentre il D. Romano concedeva questo benefizio, come osserva il Carabelli, (2) dopo che l'erede coll'adizione era divenuto assoluto proprietario dei beni ereditati.

Il Regolamento legislativo per gli Stati Pontifici del 1834, il Motuproprio Toscano del 1836, il Codice della Repubblica e Cantone Ticino del 1837, il Codice Albertino del 1843, il Codice Estense del 1851 copiarono, chi specialmente il Codice Napoleone e chi il Codice Parmense, introducendovi leggiere modificazioni (3).

Doveva soltanto spettare al nostro Codice Civile Italiano il vanto di aver saputo meglio d'ogni altro riordinare l'Istituto della Separazione del Patrimonio del defunto da quello dell'erede nel Titolo XXIV del Libro III, uniformandosi in gran parte alla saggia dottrina romana.

(1) Intorno alla natura di questa *prenotazione* si consulti Basevi: Annotazioni pratiche al Codice Civile Austriaco 7.ª ediz. pag. 83, n.° 2 e Righini op. cit. pag. 36.

(2) Carabelli: Il Diritto Ipotecario, vol. I.° parte I, Cap. 2, §. 8, n.° 4.

(3) Chi voglia studiare dettagliatamente la separazione dei patrimoni nei diversi Codici delle varie Provincie d'Italia consulti la chiara esposizione, che al §. 5, pag. 8 e seg. e pag. 57, op. cit. ne fa il Righini, e specialmente sul Motuproprio Toscano, il Sabatini: Sistema Ipotecario Toscano tit. I.° cap. VIII.°

CAPITOLO III.

Dei rapporti tra i creditori del defunto e quelli dell' erede risultanti dal beneficio della separazione dei patrimoni.

Dopo aver accennato che cosa sia la separazione dei patrimoni, e dopo aver delineato a grandi tratti quale sia stato il suo svolgimento storico, una delle prime e più importanti questioni, che si presentano a chi si faccia attentamente a studiar questo soggetto tanto interessante e nel tempo stesso tanto sottile, si è quella di sapere, se la separazione rescinda o no l' adizione dell' eredità. E non si creda essere questa una questione puramente accademica, poichè essa servirà ad appianare una delle maggiori difficoltà, che intorno a questa materia s' incontrano nella Giurisprudenza circa a determinare in un modo chiaro e netto, quali siano i rapporti tra i creditori del defunto e quelli dell'erede, quando la separazione sia avvenuta.

Ma qui, tralasciando di alcuni di minor impor-

tanza ([1]), ci facciamo incontro a tre sistemi diversi che è prezzo dell' opera studiare attentamente procurando per quanto sia possibile di essere guidati nella loro disamina dai soli principii di ragione e di equità, andando scevri da qualsiasi idea preconcetta, che ci induca in qualche errore.

Primo Sistema ([2]). — *La separazione dei patrimoni rescinde in un modo assoluto e perpetuo l'adizione dell' eredità.* — Secondo questa dottrina severa, professata da Paolo e Ulpiano, coloro che avevano chiesta la separazione dei patrimoni avevano con quel fatto solo mostrato, che essi intendevano di essere abbastanza cautelati da quei beni della successione, sui quali fino allora avevano potuto fare assegnamento, *recesserunt a persona heredis et bona secuti sunt.* Essi rinunziavano perciò a quei diritti, che, per la confusione risultante dalla accettazione pura e semplice dell'eredità per parte dell' erede, avrebbero potuto esercitare anche sui beni di quello in concorrenza dei suoi creditori personali. Secondo questo sistema dunque la separazione rescinde in un modo assoluto e perpetuo l' adizione

([1]) Vedi quello combattuto dal Barafort: op. cit. n.° 219, pag. 394 e dal Masson: op. cit. al n.° 116 bis, pag. 201.

([2]) Questo sistema era seguìto nel D. Romano non esclusivamente, come sembrerebbe ritenere il Dollinger op. cit. §. 2, n. 36, pag. 21 e seg. ma da una scuola capitanata da Paolo (l. 5, Dig. De Sep.) e Ulpiano (l. 1, §. 17 Dig. De Sep). Nell'antico D. Consuetudinario Francese è il solo D'Espeisses (Titolo delle Esecuzioni n.° 9), che accoglie tale dottrina, seguìta da alcuni, come nel seguito vedremo, anche di fronte al Cod. Nap. invocando l'art. 879.

dell' eredità. Si considerano i due patrimoni come tuttora distinti e separati, e due le classi dei creditori coi rispettivi loro diritti, sicchè sull' asse ereditario potranno esclusivamente far valere le loro pretese i creditori del defunto, sul patrimonio dell' erede i suoi creditori personali.

Quali dunque saranno i rapporti tra i creditori del defunto e quelli dell'erede secondo questo sistema? Essi si considereranno, come delle persone estranee, tra le quali non è interceduto nessun fatto, che possa in un' epoca qualunque, sia presente, sia remota, venire ad alterare le loro condizioni rispettive. Dunque i creditori ereditari, che hanno ottenuta la separazione dei patrimoni, e non furono per intiero soddisfatti non potranno addurre veruna pretesa sui beni dell' erede, nonostante che i suoi creditori personali fossero già stati pagati.

Secondo Sistema [1]. — *La separazione dei patrimoni, mentre non rescinde l' adizione dell' eredità rispetto all' erede, la fa considerare come non avvenuta nei rapporti tra i creditori del defunto e quelli dell' erede.* — È questa una

[1] Nell' antico Diritto Consuetudinario Francese tale dottrina si trova infatti professata dal Lebrun: op. cit. lib. 4, cap. 2, sez. 1, n.° 26, 27; Domat: op. cit. lib. III, tit. 2, sez. 1, n.° 9; Raviot *sur* Périer: op. cit. quest. 291; Montvallon: cap. 3, art. 17; Pothier: Succ. cap. 5, art. 4 e all' introduzione della Coûtume d'Orleans al tit. 17, n.° 129. Di fronte al C. Nap. sostengono pure tale dottrina; Malleville: sull' art. 878; Marcadé: Explication théorique et pratique du Code Napoléon t. 3.° art. 881, II, §. 404; Mourlon: 2.e Examen du Code Napoléon t. 2, pag. 192, come pure nell' Examen critique des Priv. et des Hyp. di Troplong; Dollinger: op. cit. n.° 135, pag. 158.

dottrina, che incontrò special favore nel diritto Consuetudinario francese, appo quasi tutti gli scrittori antichi e alcuni tra i moderni. Per essi, fondandosi su un'interpretazione erronea, a parer mio, della legge 3 Dig. De Sep. di Papiniano, come in seguito mi sforzerò di dimostrare, la separazione dei patrimoni non è altro che un *diritto di preferenza* tra i creditori, una *garanzia* speciale, che conseguono i creditori del defunto in confronto di quelli dell'erede, che rimane del tutto estraneo.

I diritti dell' erede, dicono, non subiranno nessun mutamento, non patiranno nessun danno dall' essere stata chiesta la separazione. Di fronte all' erede, la separazione dei patrimoni dunque non rescinderà l'adizione dell' eredità, non farà nascere un'eccezione alla massima « *qui semel heres nunquam desinit esse heres* » e all'altra « *semel heres semper heres* ». La confusione dei patrimoni, che esso stesso ha mostrato volere, accettando puramente e semplicemente, di fronte a lui continuerà a sussistere. Per lui i creditori dell' eredità sono divenuti creditori suoi alla pari di quelli che già aveva in precedenza « *Il reste héritier absolu tenu d'acquitter intégralement toutes les créances* » dice il Marcadé a questo proposito. Egli non fa veruna differenza tra di loro e poco gli importerebbe, che quei beni, che forse dovrà aggiungere a quelli ereditari per essere liberato da qualsiasi obbligazione serviranno a soddisfare i suoi creditori personali in precedenza dei creditori eredi-

tari o in concorrenza con quelli. Non così i creditori. Quelli personali dell'erede, riconoscono è vero la ragionevolezza del diritto accordato dalla legge ai creditori del defunto, in forza del quale possono a loro arbitrio o ricusare di correre la fede di un debitore nuovo, o confusi i due patrimoni, concorrere assieme su quelli a soddisfare i loro crediti. Ma non ammettono, che al tempo stesso possano e chiedere, che i patrimoni siano tenuti distinti e volere godere dei vantaggi, che resulterebbero per loro qualora la confusione fosse avvenuta.

A dire il vero con questo sistema si viene ad accordare ai creditori ereditari, che non furono pienamente soddisfatti precisamente ciò che voleva Papiniano. Ma l'errore, al mio debole parere, in cui incorsero gli antichi scrittori francesi accogliendo tale opinione fu, come ho già avvertito, nel sostenere, che Papiniano avesse voluto mutar carattere a questa istituzione. Egli non pensò mai a fare della separazione dei patrimoni un semplice *diritto di preferenza;* per lui, come per tutti i Romani, essa cancellava l'adizione dell'eredità, tanto rispetto all'erede, quanto rispetto ai creditori; soltanto spinto da benigne ed eque considerazioni non voleva che ciò avvenisse in un modo assoluto e perpetuo, come invece ritenevano Paolo e Ulpiano.

TERZO SISTEMA [1]. — *La separazione dei patri-*

[1] Questo sistema, sorto modernamente, come nel seguito vedremo, quando più giusto divenne il concetto, che della separazione dei patrimoni

moni fa considerare in ogni caso tanto rispetto all'erede, che ai suoi creditori l'accettazione dell'eredità come rescissa, però dà diritto ai creditori ereditari, qualora ciò dovesse ridondare a loro danno, di prevalersi pure degli effetti vantaggiosi risultanti dalla confusione dei patrimoni. — È questa una dottrina che non risale che a Chabot de l' Allier, ([1]), ma che fù nel seguito riprodotta da quasi tutti i commentatori del Codice Napoleone. Secondo i fautori di questo terzo sistema, la separazione dei patrimoni attribuirebbe ai creditori ereditari che l'hanno ottenuta il diritto di soddisfarsi esclusivamente sui beni del defunto colla facoltà però, qualora questi non bastassero ([2]) di concorrere simul-

si formarono i giureconsulti, è seguìto dai più dei commentatori del C. Nap. Infatti, tacendo del Chabot, che primo l'insegnò, e del Demolombe: op. cit. che al n.° 156, pag. 184 chiaramente dice: « En résumé la qualité de créan- « cier du défunt à l'effet d'être payé par privilége sur les biens de la « succession, n'est pas incompatible avec la qualité de l'héritier à l'effet « d' être payé, comme *tous les créanciers* sur ses biens personnels » sostengono pure tale sistema il Barafort: op. cit. n.° 221 pag. 401; Masson: op. cit. n.° 116 bis; Dufresne: De la Sép. des Patr. n.° 110; Grénier: Des Hypoth. t. 2, p. 437; Merlin: Répertoire alla parola *Sép. des Patrim.* §. 5, n.° 6; Delvincourt, t. 2, p. 180 nota; Nicias Gaillard: Revue critique de législat. 1856 mars, t. 8; Persil: Régime Hypoth. sur l'art. 2111, n.° XVII pag. 100; Toullier-Duvergier: Le Droit Civil Français suivant l'ordre du Code vol. 2, 2.ª partie (ancien tome 4), 4.ª livraison §. 550; Dalloz Jurispr. générale alla parola, *Succession* n.° 1496; Massé e Vergé sur *Zachariae:* t. 2 p. 336 n.° 21. — Vedi pure gli altri seguenti autori, citati da questi: Vazeille sur l'art. 878 n.° 7; Poujol: ibid. n.° 9 e 20; Malpel: n.° 219; Aubry e Rau sur *Zachariae* ecc.

([1]) Fu quest'opinione per la prima volta sostenuta nella prima edizione del Commentario Delle Successioni del 1804 dal Chabot, e specialmente sviluppata nell'edizione del 1817.

([2]) Dopo, s'intende, aver fatto valere i loro diritti completamente sui

taneamente ai creditori dell' erede sui beni suoi personali, sui quali hanno conservato dei diritti, come se chiesta non avessero la separazione e la confusione fosse avvenuta. Secondo questo sistema dunque molto più ampi sono i diritti conferiti ai creditori del *de cujus,* che secondo gli altri due, poichè, se v' è possibilità pel creditore del defunto di soddisfarsi in qualunque modo, questa gli è offerta da questo sistema. — E lo stesso si dica qualora si volessero determinare i rapporti tra i legatari e i creditori dell' erede, essendo ormai ritenuto dalla maggior parte dei giureconsulti, che l'erede, accettando puramente, si obbliga *ultra vires emolumenti* al pagamento dei debiti, non meno che dei legati.

Esposti brevemente nel modo, che ho procurato di rendere più chiaro possibile, questi tre sistemi, mi si conceda di fare una breve analisi critica dei medesimi.

Non posso associarmi a coloro, che ritengono il primo sistema, perchè non mi sembra che essi siano entrati nello spirito dell' istituzione della separazione dei patrimoni.

Quale è infatti il suo scopo? Non è forse di venire

beni ereditari, come osserva il DELVINCOURT, perchè altrimenti s'intenderà, che abbiano rinunziato al benefizio della separazione. Infatti è un principio di diritto sanzionato nel nostro Codice all'art. 2080 e che può applicarsi in questo caso, come osserva il MASSON rispetto all'art. 2209 del C. Nap. che il creditore non può far subastare gli immobili, che non sono ipotecati a suo favore (o a lui assicurati in qualsiasi modo, si potrebbe soggiungere) se non quando i beni assicurati pel suo credito sono insufficienti.

in soccorso ai creditori del defunto? Di offrire loro una guarentigia consimile a quella accordata col benefizio d'inventario all'erede od ai suoi creditori, che valga a preservarli dai dannosi effetti, che sarebbero risultati dalla confusione dei patrimoni? Ora si raggiunge tale scopo dai fautori di questo sistema? No, certo, secondo il mio parere. Essi mi sembrano farsi un'idea della separazione, non come di un favore, d'un *benefizio,* (l'indicherebbe l'espressione stessa: BENEFIZIO *della separazione dei patrimoni)* accordato ai creditori della eredità, ma come di un vero e proprio negozio, che mentre talvolta riesce loro vantaggioso, tal'altra può ridondare a loro danno. Supponiamo infatti il caso, che i creditori fossero stati male consigliati nel chiedere la separazione e che i beni ereditari non fossero sufficienti a soddisfarli. Mentre sarebbero stati pagati, qualora la confusione fosse avvenuta, invece ammettendo, che la separazione rescinda in un modo assoluto e perpetuo l'adizione, i creditori del *de cujus* non potrebbero accampare nessun diritto sui beni particolari dell'erede, nemmeno dopo aver soddisfatti i suoi creditori personali. Ecco, che questa istituzione, lungi dal rispondere allo scopo per cui fu introdotta, riuscirebbe anzi dannosa ai creditori ereditari, che altrimenti forse sarebbero stati in un modo completo soddisfatti.

Ma non solo dico, che secondo questo sistema la separazione può riuscire dannosa per chi la chiede, ma vado oltre e affermo che è forse più

vantaggiosa per i creditori dell'erede, che per quelli dell'eredità, poichè costringe questi a rinunziare a certi diritti in un modo assoluto. I creditori ereditari infatti è vero che ottengono di riservarsi esclusivamente il patrimonio del defunto, come quelli dell'erede dal canto loro sono sicuri sui beni dell'erede, ma i primi rinunziano per sempre ad ogni diritto che avrebbero potuto avanzare sul patrimonio dell'erede, qualora avessero acconsentito che la confusione si operasse, mentre non così gli altri, i quali pensano, che ogni loro speranza non è perduta, poichè, se rimarrà qualche cosa della successione potranno far valere le loro ragioni su questo residuo. Nè si dica, essere questa la conseguenza naturale dell'operato inconsiderato dei creditori del defunto; essere loro danno, se si sono appigliati al partito peggiore, aver avuto tutto il tempo necessario per riflettervi, nè essere più luogo a pentimento. A questo si potrebbe replicare, che tali considerazioni sarebbero convincenti, qualora non si trattasse dell'istituzione della separazione, introdotta per l'appunto dall'equità per mitigare i principii forse troppo severi del rigoroso diritto, e che perciò vi sarebbe forse incoerenza nell'applicare a questa istituzione delle norme non meno severe di quelle che essa stessa venne a modificare. E senza parlare di Papiniano, che abbastanza chiaramente combatte questo sistema, Ulpiano stesso suo sostenitore, convinto, che questa dottrina fosse troppo rigida, suggerisce un mezzo di prevenire gli effetti

suoi troppo severi. Egli non va fino ad affermare, come Paolo, che i creditori ereditari una volta chiesta la separazione dei patrimoni, qualora non completamente soddisfatti, tuttavia non possano più ritornare sui beni dell'erede neppure, *se decepti*, ma anzi ritiene, che il solo avere chiesto la separazione *temere*, basti provando una giustissima causa d'ignoranza, per ottenere venia. Questa eccezione voluta da Ulpiano è uno scappavia, lasciato ai creditori ereditari perchè non siano troppo sacrificati nei loro interessi, qualora avessero chiesta la separazione. Essi infatti il più delle volte potranno facilmente provare la loro ignoranza, ancorchè si richiegga una giustissima causa.

Prima ora di venire a considerare il secondo sistema, mi sia lecito far precedere una breve analisi critica del terzo, valendomi degli argomenti, coi quali così violentemente l'osteggiò il Marcadé; sarà mio compito poi il tentare di ritorcere quei medesimi argomenti contro il Marcadé stesso, quando combatterò il secondo sistema, di cui l'illustre giureconsulto francese si era fatto valido campione.

Il Marcadé [1] dice « il terzo sistema non è ammissibile; è contrario ai principii più elementari di una sana logica, poichè pretende *à l'impossible absolu*, a dare il diritto, cioè, ai creditori del defunto di volere che esista al tempo stesso separazione e confusione

[1] Marcadé: op. cit. t. 3, pag, 287 a 291 §. 404 a tutto 407.

rispetto ai creditori dell'erede, che si consideri simultaneamente due patrimoni ed un patrimonio solo, due debitori ed un debitore solo. La mente non concepisce, che la separazione possa al tempo stesso esistere e non esistere, che possa farsi valere solo *contro* i creditori dell'erede e che questi non possano prevalersi degli effetti vantaggiosi risultanti da quella. Nè vale il dire, che per la accettazione pura e semplice della successione per parte dell'erede, i creditori del defunto essendo diventati suoi creditori personali possano concorrere nella stessa linea cogli altri, perchè col chiedere la separazione, dice il Marcadè, hanno perso la qualità di creditori personali dell'erede ».

Ma a ciò, mi sembra, si potrebbe rispondere coi fautori del terzo sistema: « Non è vero, che noi vogliamo a favore dei creditori ereditari separazione e confusione dei patrimoni; noi non intendiamo, che l'adizione dell'eredità si consideri al tempo stesso e come esistente e come rescissa. Noi chiediamo soltanto, che quando la separazione sia per tornar dannosa ai creditori del defunto, essi possano dopo aver fatto valere i loro diritti su quei beni, che fino allora avevano garantito il loro credito, concorrere assieme ai creditori dell'erede sui beni di questo. Non è dunque, che vogliamo, che coesista la separazione e confusione dei patrimoni in un momento solo, ma che l'una segua l'altra. Noi consideriamo due momenti distinti, l'uno in cui si ritengono i patrimoni come separati, l'altro, scorso il primo, in cui si fa luogo

alla confusione; nè in questo ci è nulla di illogico, come neppure nel volere, che i creditori dell'erede non possano allegare la separazione stessa chiesta dai creditori del *de cujus* e che riuscì loro dannosa per impedire anche di prevalersi dei vantaggi offerti loro dall'accettazione pura e semplice per parte dell'erede. Infatti bisogna aver sempre presente nella mente, che la separazione è una istituzione introdotta a favore dei creditori del *de cujus* e non di quelli dell'erede, e che, se si desse, a questi, non dico già, la facoltà di chiederla, ma solo di prevalersi degli effetti dannosi, che potrebbero derivare pei creditori ereditari, che l'hanno ottenuta, tale istituzione perderebbe il suo carattere essenziale ».

E con ragione potrebbero perfino soggiungere i sostenitori del terzo sistema: « Come mai potete accusare noi di non essere logici, quando voi, dopo averci data la formula, che i creditori, che domandano la separazione dei patrimoni per questo fatto solo ricusano l'erede per debitore, ne inducete tuttavia, che potranno farsi dare dall'erede, *après l'acquittement de ses dettes personnelles,* ciò di cui sono rimasti creditori dopo aver tentato invano di soddisfarsi sui beni del defunto. Non a questa conseguenza dovreste venire colla formula che ci avete data, ma bensì piuttosto a negare, come i sostenitori del primo sistema, in un modo assoluto e perpetuo qualunque ricorso sui beni dell'erede ».

Ma se a scusarsi, dicessero i fautori del secondo si-

stema: « Noi è vero dapprima consideriamo, che la separazione dei patrimoni abbia fatto ricusare per debitore l'erede ai creditori del defunto, ma quando questa non riuscì a garantirli, diamo loro la facoltà di ritornare a considerare come debitore colui che avea voluto diventare tale, accettando la eredità puramente » si potrebbe far loro osservare, che in questo modo essi pure considerano due momenti distinti, nè più nè meno, dei sostenitori del terzo sistema: 1.° momento, in cui i creditori ereditari reputando che la separazione sarà per tornar loro vantaggiosa rinunziano all'erede per debitore; 2.° momento, in cui accortisi di essersi ingannati tornano a considerare l'erede come loro debitore. Ed è per l' appunto in questo secondo momento, che nasce il conflitto nelle opinioni, perchè, mentre gli uni vorrebbero tuttavia, che i creditori ereditari godessero dei diritti di fronte dai beni dell'erede, come se non avessero mai chiesta la separazione dei patrimoni, gli altri, quasi in punizione di non aver i creditori ereditari voluto correre la fede dell' erede, nuovo loro debitore, limitano il loro diritto. Essi infatti vengono ad accordare in un certo modo ai creditori dell'erede un benefizio della separazione dei patrimoni corrispondente a quello dato ai creditori del *de cujus* e in virtù del quale potrebbero in precedenza soddisfarsi sui beni, sui quali fino allora avevano fatto assegnamento.

Con quest' ultima osservazione, credo di avere portato la maggior chiarezza possibile su questo sog-

getto, considerato in modi così diversi da tutti i giureconsulti che se ne occuparono, ed aver lasciato l'adito ad attribuire la divergenza di opinioni che esiste tra i fautori del secondo sistema e quelli del terzo, e soltanto al proposito di voler favorire più o meno i creditori del defunto.

Il pronunziarsi per uno di questi tre sistemi sarà dunque il resultato delle indagini che avrò fatto per sapere, quale sia il concetto più equo e filosofico, che *de jure condendo* dobbiamo formarci della separazione dei patrimoni, ma prima mi sia lecito di presentare ai fautori del terzo sistema un'idea, che essi potrebbero formarsi della separazione e che andrebbe esente dagli obbietti, che a torto o a ragione mosse loro il Marcadè.

Perchè, domanderò io devono essi distinguere, secondo che la separazione è vantaggiosa o dannosa? Tali distinzioni arbitrarie, dalle quali, come abbiamo visto, non seppero andare esenti neppure i fautori del secondo sistema, si devono bandire, quando non sono assolutamente necessarie e, qui, mi sembra il caso di farlo, potendo sostituirvi un'idea semplicissima: *La separazione dei patrimoni sospende l'adizione dell'eredità* e non si dirà più che la rescinda, se riesce vantaggiosa, e se dannosa non la faccia altrimenti considerare come già rescissa. Basta rappresentarsi la separazione, come un favore speciale, accordato dalla legge, ai creditori ereditari in forza del quale non si fa più luogo immediatamente alla confu-

sione risultante dall' accettazione pura e semplice dell'eredità. Tale confusione tuttavia accadrà, ma soltanto quando i creditori ereditari avranno in precedenza fatto valere le loro ragioni sui beni del *de cujus;* intanto rimane sospesa. Sicchè, se il patrimonio del defunto avrà bastato a soddisfare i suoi creditori quando accadrà la confusione, i creditori dell' erede faranno valere le loro ragioni sui beni lasciati liberi, se invece non fosse stato sufficiente, il diritto speciale tacerebbe, si cadrebbe sotto l' impero del diritto comune, e i creditori del defunto verrebbero sui beni dell' erede assieme ai suoi creditori personali. Nè ciò dovrebbe sembrare ingiusto, perchè si potrebbero paragonare i creditori, che hanno ottenuta la separazione a quelli, che ricevono un' ipoteca. Essi col chiedere e conseguire quella speciale garanzia non hanno certo pensato di voler rinunziare a tutte le altre. Memori del principio, che i beni del debitore sono la garanzia comune de' suoi creditori, essi non potevano certo pensare, che non sarebbe stato più applicabile a loro per il solo fatto di aver chiesta la separazione, che migliorare e non peggiorare doveva la loro condizione. Come colui, che ha ottenuta un' ipoteca, fa prima valere i suoi diritti sull' immobile, che gli è stato dato a garanzia del suo credito, e non soddisfatto, ricorre sugli altri beni del suo debitore, così, potrebbero sostenere i fautori del terzo sistema, deve aver diritto di fare chi chiede la separazione.

Il decidere ora, se a torto o a ragione il sosten-

gano, equivale a ritenere, se essi si siano formati un concetto giusto e equo della separazione dei patrimoni. — Io mi trovo dunque di fronte all'arduo problema di sapere a quale dei tre sistemi dovrò dare la preferenza. Per risolverlo comincerò col porre fin dapprincipio, che l'idea, che mi sono formato del benefizio della separazione dei patrimoni è stata quella di un diritto accordato ai creditori del defunto perfettamente corrispondente a quello, che ha l'erede col benefizio d'inventario, sicchè il sistema che a quello più si avvicinerà, sarà da me prescelto.

Il benefizio d'inventario è un diritto accordato all'erede in forza del quale egli può premunirsi dalle accettazioni di eredità, che potrebbero riuscirgli dannose. L'erede dunque che avrà accettata l'eredità con benefizio d'inventario non sarà tenuto, che dentro le forze del patrimonio del defunto, sicchè se avanzerà qualche cosa, dopo pagati, s'intende, i debiti ed i legati, ciò spetterà all'erede, se al contrario i beni del defunto non saranno stati sufficienti, non si potrà ricorrere a lui, poichè egli fu liberato col benefizio d'inventario; dunque da esso l'erede non può risentire che vantaggio, mai danno. Avverrebbe lo stesso pei creditori ereditari, qualora si accettasse il primo sistema? Credo di aver già dimostrato a sufficienza la negativa, nè penso aver bisogno di spendere altre parole per provare, che lungi dall'avvantaggiare la loro condizione, i creditori ereditari in certi casi la peggiorerebbero. — Ma, si obietta, non

è un danno vero e proprio che patiscono, è soltanto una favorevole eventualità, che viene loro a mancare; nè di ciò si possono lagnare, dovendo imputare a loro stessi, se senza matura riflessione chiesero la separazione dei patrimoni. Che i creditori ereditari non avessero che un diritto eventuale, lontano, incerto sui beni dell'erede della persona, colla quale contrassero al momento in cui posero in essere quell'obbligazione, l'ammetto di buon grado; così pure eventuale era il diritto di quella persona, che avea qualche fondamento per credere, che sarebbe succeduta per testamento nei beni di un'altra. Ma, come quelli potevano essere delusi nella loro speranza, non solo perchè il credito loro poteva divenire esigibile prima della morte del loro debitore, ma per aver l'erede accettata la successione con benefizio d'inventario, così pure lo stesso poteva accadere per chi aveva fatto qualche assegnamento su una eredità, perchè in virtù del principio: *ambulatoria est enim humana voluntas usque ad extremum exitum,* poteva esser lasciata ad altri. Ma non si può più parlare di diritto eventuale, ma di vero e proprio diritto acquisito tanto nel caso che l'eredità sia poi lasciata a quella persona, che ci aveva fatto un qualche assegnamento, quanto nel caso che i creditori ereditari possano far valere i loro diritti sui beni dell'erede della persona colla quale contrassero e che accettò puramente e semplicemente. L'osservazione dunque, che i creditori ereditari non patiscono un danno vero e proprio col chiedere la

separazione dei patrimoni, che secondo il primo sistema farebbe loro rinunziare soltanto all'eventualità di soddisfarsi anche sui beni dell'erede, sarebbe giusta, se non si osservasse, che la separazione viene chiesta, quando ormai l'erede coll'avere accettato senza il beneficio d'inventario, si era già costituito loro debitore. I creditori ereditari perciò non devono, nè possono avere avuto l'intenzione col chiedere la separazione di aver voluto rinunziare a quel diritto ormai acquisito di ottenere soddisfacimento dei loro crediti anche sui beni personali dell'erede sui quali, sebbene in un modo vago ed incerto, possono aver fatto assegnamento fino dall'epoca in cui contrassero col defunto.

Nessun dubbio v'è dunque per scartare il primo sistema, ma prima che mi decida pel secondo o per il terzo, mi si potrebbe dire, che tanto coll'uno, che coll'altro si viene a far sì, che il creditore del defunto col chiedere la separazione peggiora la condizione dei creditori dell'erede, mentre al contrario nessun danno risulta pei creditori della successione, quando l'erede chiede il beneficio d'inventario. Ciò è verissimo, e tale considerazione non sarebbe senza importanza, se non si riflettesse, che se la condizione dei creditori dell'erede è peggiorata, ciò non dipende dall'essere stata chiesta la separazione, ma dal fatto del loro debitore. È soltanto dall'aver accettata l'erede la successione senza il beneficio d'inventario ch'essi si trovano danneggiati; nè a ciò si possono

opporre, nè lagnarsene, perchè siccome: *licet alicui adiiciendo sibi creditorem creditoris sui facere deteriorem conditionem* (l. 1, §. 2, Dig. De Sep.) così *imputent sibi,* se contrassero con una persona, che ad accettare l'eredità puramente fu indotta o da improvidenza o da una coscienza troppo scrupolosa. Così lo stesso si dica, non dipendere dalla separazione dei patrimoni, ma dall'accettazione pura e semplice dell'eredità, se è migliorata la condizione dei creditori del defunto, che talvolta è soltanto grazie a quella, che possono soddisfarsi completamente, mentre ciò forse non sarebbe loro riuscito con i soli beni del defunto.

Ogni difficoltà essendo stata tolta, procediamo oltre ed esaminiamo, se è il secondo o il terzo sistema, che si uniforma di più ai principii regolatori del benefizio d'inventario e quale si possa dire più equo.

A prima vista, sembrerebbe che si dovesse dare la preferenza al secondo, perchè altrimenti troppo s'avvantaggerebbero i creditori ereditari, ma confesso, che io non divido tale opinione e propendo invece pel terzo sistema. La separazione dei patrimoni ha per scopo di far sì che in ogni modo la condizione dei creditori ereditari non possa essere peggiorata alla pari del benefizio d'inventario, che vuole che l'erede non possa mai risentire danno dalla accettazione dell'eredità; ora tale scopo ritengo che si raggiunga col terzo sistema. Nè si può dire, che in questo modo si venga a commettere un'ingiustizia coll'accordare ai creditori ere-

ditari più di quello che avrebbero potuto sperare soddisfacendosi con i soli beni della persona, con la quale contrassero, perchè ciò non dipende dalla separazione del patrimonio, ma è la naturale conseguenza dell'accettazione pura e semplice dell' eredità. Ed in ogni modo osserverò, che anche col secondo sistema non si ovvia a questo inconveniente, perchè, se tanto non si avvantaggiano i creditori, ciononostante, talora conseguono di più dopo la morte della persona con cui contrassero, che se il credito fosse divenuto esigibile durante la sua vita. Dunque il terzo sistema non deve parere esorbitante.

Ma accogliendolo, potrebbero dire i creditori dell'erede: « Voi a torto volete, che noi non ci lagniamo. Noi dobbiamo, è vero, sottometterci all'accettazione dell' eredità pura e semplice per parte del nostro debitore, ma questa, se dà ai creditori del defunto il diritto di concorrere con noi su quei beni, che guarantivano il nostro credito, dà altresì a noi il diritto di soddisfarci anche sui beni del defunto. Ora se voi volete assicurare ai creditori del defunto, ch' essi non peggioreranno la loro sorte, sia pure; abbiano essi la scelta di chiedere o no la separazione, ma una volta che l'avranno ottenuta siccome ci avranno allontanati da quei beni del defunto, sui quali avevamo acquistato un qualche diritto pella accettazione dell' eredità per parte del nostro debitore, così è giusto, che dal canto loro non pretendano nulla dai beni dell' erede, prima che ci siamo soddisfatti ».

Questo ragionamento mentre ha l'apparenza di essere giusto, a mio parere pecca nella base. Esso ha il difetto di porre in oblio uno dei principii più importanti del regime successorio, che, cioè l'erede accettando la successione lasciatagli non si appropria i beni che la compongono, che deduzione fatta dei debiti e oneri che su quella gravitano. Aggiungi a ciò che nessuna persona può esercitare più diritti di quelli, che ha la persona da cui essa li ripete[1], e resulterà da tutto questo, che non stà più il ragionamento dei creditori dell'erede. Essi non possono più parlare d' essere lesi nei loro diritti per essere stata chiesta la separazione. Quali diritti infatti potrebbero vantare? Se i creditori del *de cujus* vogliono concorrere anche sui beni dell' erede, mi pare che questa sola sia una prova sufficiente per ritenere che i beni del defunto, lungi dal lasciare un attivo, non sono stati neppure bastanti per pagarli. Ciò solo dunque basta per persuaderci, che a torto i creditori dell'erede potrebbero volere, fondandosi su una pretesa equità, che coloro, che hanno chiesta la separazione dei patrimoni non possano far valere i loro diritti sui beni di chi accettò l'eredità puramente e semplicemente, se essi in precedenza non si siano soddisfatti. Per ammettere questo bisognerebbe accordare ai creditori dell' erede un vero e proprio benefizio della separazione dei patrimoni, che non sarebbe, come ho cercato testè di di-

[1] Conseguenza questa del principio: « Nemo plus juris ad alium transferre « potest quam ipse haberet ».

mostrare, neppure richiesto dai principii di equità. Nè si può dire che esso è stato ciononostante concesso dalla legge *per reciprocità,* quando accordava il benefizio della separazione dei patrimoni ai creditori ereditari ed ai legatari. I privilegi, come le altre cause di prelazione, debbono essere interpretati ristrettamente, nè si può accordare un tal favore ai creditori dell' erede, se non vi è un testo speciale, esplicito, che lo conceda.

Concludo dunque coll' ascrivermi al numero di coloro, che seguono il terzo sistema, purchè tuttavia si formino un' idea della separazione dei patrimoni conforme a quella che mi sono fatto ardito di proporre e che come più scientifica va esente da alcuni appunti, che con molto ingegno furono mossi a questa dottrina. *De jure condendo* il terzo sistema mi sembra dunque più giusto, ma fu egli seguìto dal Diritto Romano? Quale via tenne il legislatore Francese e quale l' Italiano?

Alla prima di queste questioni, risponderò nel seguente capitolo, alle altre due, quando verrò brevemente commentando gli articoli, che nel nostro Codice e nel Napoleonico a tale materia si riferiscono.

CAPITOLO IV.

Delle separazioni dei patrimoni nel Diritto Romano.

Per formarsi un chiaro concetto del benefizio della separazione dei patrimoni nelle moderne legislazioni e specialmente nel nostro Codice Civile Italiano, sarà utile dare un rapido sguardo retrospettivo al Diritto Romano, che regolava questa materia.

Delle separazioni dei patrimoni si occupò la legislazione Giustinianea, che dedicò loro specialmente il Titolo VI del Libro XLII nelle Pandette e il Titolo LXXII del Libro VII nel Codice, riunendole quasi tutte sotto una stessa rubrica, venendo a parlarne quasi incidentalmente, trattando del principio dell' espropriazione del debitore, che era loro comune (1). Ma prima di venire ad enumerare partitamente le diverse persone alle quali, oltre che ai

(1) Cuiacio: Paratitla Ad Tit. VI lib. XLII Dig.

creditori ereditari e legatari competeva questo beneficio, noterò col Righini, come nella sua origine quest'istituto corrispondeva letteralmente alla sua denominazione. Il Testo, non meno che le spiegazioni degli interpreti, concordemente ci fan fede, che veniva a cessare la confusione dei beni e della personalità del defunto con quella dell'erede, l'adizione si considerava come non avvenuta e l'eredità si riteneva come tuttora posseduta dal defunto e non dall'erede (1). Coloro dunque, che chiedevano la separazione dei patrimoni, avendo avuto luogo già l'adizione dell'eredità, ma *re adhuc integra* (2) potevano ottenere dal Pretore o dal Preside (l. 1, §. 14, Dig. De Sep.; Ulpiano lib. 64. Ad Edict.) *causa cognita* (l. 2 Cod. De bon. auct. judic. poss. et de bon. poss.) di essere immessi nel possesso di quei beni, sui quali avevano fatto assegnamento fino allora, *ut ea pro pignore habeant* (3), onde poter poi giustamente (4) su quelli soddisfarsi.

(1) La l. 1, §. 1, Dig. De Sep. distingue infatti le 2 masse di creditori: « *creditores Seii.... creditores Titii* » e dice « *et sic quasi duorum fieri bonorum venditionem* » e Cuiacio: Opera omnia, t. IV Ad leg. IV De Sep. osserva a questo proposito che la separazione fa sì: « *ut unum patrimonium, quod scilicet* « *aditio hereditatis genere quodam fecerat unum quasi dividatur in duo et una* « *persona, quae fingitur esse heredis et defuncti, quasi dividatur in duas* ».

(2) Heinecius: Ad Pandectas part. VI, §. 272.

(3) Come dice Cuiacio: Ad leg. IV De Sep. spiegando il motivo per cui il benefizio della separazione dei patrimoni fu anche chiamato *pignus praetorium;* gli si diede pure il nome di *remedium indemnitatis,* come si rileva dalla l. 2, Cod. De Bon. auct. ecc. (72, VII).

(4) Est igitur aequissimum (l. 1, §. 1, Dig. De Sep.).

E sebbene, come nel secondo capitolo, ho già notato, la separazione dei patrimoni fosse collettiva e generale ([1]), cioè facesse sì che la massa dei creditori del defunto fosse separata dalla massa dei creditori dell'erede, alla pari di ciò che accadeva rispetto ai beni del primo e quelli del secondo, tuttavia questo benefizio non giovava che a coloro che lo chiedevano (l. 1, §.16, Dig. De Sep.) ([2]) e ciò era giusto, essendo in relazione col principio: *jura vigilantibus prosunt.* Circa poi a sapere in quale misura giovasse è controverso, ritenendosi dai più, che desse la facoltà di essere pagati per intiero, da altri, che accordasse soltanto la quota, che sarebbe spettata nel concorso di tutti i creditori ([3]).

([1]) Communis cautio (l. 4 Dig. De Sep.) MOURLON: op. cit. t. 2, §. 468, BARAFORT: op. cit. §. 6, pag. 12.

([2]) Così pure il SALGADO: Labyrint. credit. concurr. pars 1, cap. IX pag. 69, n. 27 «.... et imo omnia jura illius tituli De Separationibus, dum tractant de « separatione, loquuntur conditionaliter si separatio postuletur ».

([3]) Il RIGHINI fondandosi sulle deduzioni generali tratte dall'EINECIO, DONELLO, SALGADO ecc., si attiene alla prima opinione, respingendo la seconda sostenuta dal VOET; ma forse a torto gli dà la taccia di avere attinta la sua convinzione piuttosto dalla giurisprudenza invalsa di poi e che modificò radicalmente l'istituto romano, che non dal positivo diritto antico. Potrebbe infatti darsi che il VOET. (Ad Pandectas lib. 42. tit. 6, al n.° 3) avesse voluto riferirsi al caso che i creditori ereditari durante il tempo che anche agli altri è sempre lecito di chiedere la separazione, cioè durante i 5 anni, non potessero giustamente pretendere di più di quello che nel concorso di tutti sarebbe loro spettato. Poichè, se avessero ottenuto l'intero credito, si sarebbe potuto verificare l'inconveniente per loro di dover restituire quanto più degli altri avrebbero avuto senza nessun diritto, giacchè l'aver chiesto in precedenza dentro il tempo utile la separazione non deve conferire nessun diritto di preferenza. Con questa interpretazione il n.° 3 del Commento alle Pandette del

Ma vediamo, a quali persone competeva questo benefizio della separazione dei patrimoni.

Tutti concordano nel ritenere, che esso spettava in modo principale ai creditori del defunto ed ai legatari, estendendosi quasi per analogia, *similiter,* come dice il Mühlenbruch [1], alle altre persone, delle quali è fatto parola nelle nostre fonti. Prima dunque tratterò dei *creditori ereditari.*

La separazione dei patrimoni era concessa a tutti coloro, ai quali il defunto era debitore per qualunque causa [2], anche per quelle che non sarebbero bastate per far sì, che il debitore convenisse in giudizio il defunto [3]. I creditori del defunto se fossero divenuti suoi eredi potevano, secondo un Rescritto di Diocleziano e Massimiano impetrarla perfino contro i coeredi insolventi (l. 7 Cod. De bon. auct. jud. poss. ecc.; Gaius lib. 23 Ad Edict. Provinc.). Giovava ai creditori *chirografari* specialmente, ma poteva tornar utile anche a quelli *ipotecari* [4] nei casi, che l'ipoteca non

Voet peccherebbe soltanto un poco per la chiarezza e non si troverebbe in contraddizione coll' opinione tanto calorosamente sostenuta dal Righini, che i creditori favoriti dalla separazione debbano essere pagati per intiero. Tuttavia, come ho già avvertito, nel Testo tale opinione non si trova pacificamente accolta da tutti gli interpreti, dissentendo infatti tra gli altri il Prof. Doveri: op. cit. pag. 600.

(1) Mühlenbruch: Doctrina Pandectarum pars gener. lib. II De Juribus, cap. 5. §. 175 De Sep. bon.

(2) Mühlenbruch: op. cit. pars spec. lib. V De Hered. Jur. cap. IV §. 701.

(3) Pothier: Ad Pandectas De Sep. art. 2.°.

(4) Alcuni erroneamente non riconoscevano questo diritto, che ai creditori chirografari, da quanto rilevo da una nota del Mühlenbruch: luog. cit.

fosse sufficiente a garantire il credito, ovvero quando si temeva, che essendo l'ipoteca generale, per la confusione dei patrimoni non si venisse più a sapere, su quali beni si doveva esercitare il diritto di preferenza. Se ne potevano valere tanto i creditori, sottoposti a condizione quanto quelli a termine. (l. 4, Dig. De Sep.; Papin. lib. 12 Resp.). E si noti bene, che questo benefizio veniva accordato ai creditori del defunto e non già a quelli dell'erede [1], salvo casi eccezionali, che nel seguito noterò. Nè ciò si poteva dire ingiusto, poichè i creditori dell'erede avevano seguìto la fede del loro debitore e, come abbiamo visto, *licet alicui adjiciendo sibi creditorem creditoris sui facere deteriorem conditionem* (l. 1, §. 12, Dig. De Sep.) [2]. Del resto vennero abbastanza tutelati indirettamente con quel provvedimento [3] introdotto nel seguito da Giustiniano (Nov. I, Cap II, §. 1) allo scopo di premunire l'erede dalle accettazioni dannose di eredità e di evitare, che facilmente riman-

[1] « Ex contrario autem creditores Titii non impetrabunt separationem » (l. 1, §. 1 Dig. De Sep.) ciò è detto chiaramente, e s'induce pure dalla l. 1, §. 8 eod. tit.

[2] Rigorosamente parlando, a dire il vero, questa ragione mi sembra però che si potrebbe anche addurre per negare ai creditori ereditari ed ai legatari il diritto di chiedere la separazione, potendo dirsi, che essi avrebbero potuto prevedere il caso, che il debitore morendo avesse voluto lasciare la successione ad un erede oberato, circostanza che equivarrebbe a quella di aggiungersi un nuovo debitore.

[3] Il *benefizio d'inventario,* il quale come dice il SALGADO (Labyrint. credit. concurr. pars 1 cap. IX, p. 69 n.° 26): « praeservat ne commixtio fiat « et ipsa hereditas adhuc habetur pro jacente, tanquam si non fuisset adita ».

gano le successioni per lungo tempo senza rappresentanza. Che se l'erede rimanendo sordo alle ripetute istanze dei creditori, o con aperta malizia [1], si rifiutasse a chiedere il benefizio d'inventario, sicchè la confusione del suo patrimonio con quello oberato del defunto dovesse ridondare a danno dei suoi creditori, ciononostante, questi senza bisogno di chiedere la separazione [2], sarebbero abbastanza cautelati colla *revocatoria in rem actio,* coll'azione cioè Pauliana [3].

In secondo luogo vengono i *legatari* (l. 6, Dig. De Sep.; Julian. lib. 46), sussidiariamente (l. 4, §. 1, Dig. De Sep.), dopo che i creditori ereditari furono soddisfatti [4], potendo far valere le loro ragioni soltanto sul residuo dell'eredità, come disponeva la legge Falcidia ed il S. C. Pegasiano.

A dire il vero potrebbe recar meraviglia come si venga a concedere la separazione ai legatari, quasi

(1) Ciò che con troppa facilità non si deve ritenere, che possa accadere il più delle volte, come dice il Testo stesso l. 1, §. 5, Dig. De Sep.

(2) Come sembrerebbe invece disposto a ritenere il Dollinger: op. cit. §. 2, n.° 2, pag. 3, mentre il Dalloz: op. cit. cap. 7, sez. 2, art. 3, §. 1, n.° 1409, notata la poca chiarezza della l. 1, §. 5 Dig. De Sep., ammetterebbe l'opinione da me più sotto sostenuta.

(3) Così interpreto il frammento l. 5 Dig. De Sep. fondandomi sui principii di diritto e specialmente sulla l. 3 Dig. *Quae in fraudem,* ecc.; perchè altrimenti si verrebbe senza nessuna ragione, offrendosi un altro mezzo per ovviare ugualmente all'inconveniente contemplato in questo frammento, a porre una deroga di più alla regola esposta alla l. 1, §. 2, Dig. De Sep.

(4) « Quia legata non debentur nisi deducto aere alieno » Cuiacio: op. cit. t. IV, Ad leg. IV De Sep.

fossero dei creditori ereditari mentre, *a defuncto eis deberi non incipiat, sed ab herede,* ma la ragione di ciò stà in questo, come osserva il Cujacio ([1]), che *eis heres obligatur ex judicio defuncti,* sicchè si considerano, quasi come creditori ereditari ([2]). *Legatum quasi aes alienum exigitur,* diceva infatti l'Imperatore Antonino (l. 1, Cod. De bon. auct. jud. possid. et de sep. bon.).

Oltre ad essi poi la separazione dei patrimoni veniva accordata:

1.° All'*erede necessario* ([3]), cioè allo schiavo, (Gaio, II, 155; l. 1 §. 18, Dig. De Sep.) istituito collo stesso testamento che lo manometteva ([4]), nell'eredità oberata del suo padrone e che *non attigerit bona patroni* ([5]). Questo benefizio gli permetteva infatti di fare separare l'eredità lasciatagli dal peculio che già

([1]) Cuiacio: op. cit. t. III colonna 1241.

([2]) Doveri: op. cit. t. 2 pag. 600, §. 768.

([3]) Doveri: op. cit. t. 2 pag. 577, §. 736.

([4]) Nel Gius Nuovo, Giustiniano contro l'opinione della maggior parte dei giureconsulti, per favorire le manomissioni degli schiavi, ordinò (Instit. De herede institut. II, 14; cost. 5, Cod. de necess. serv., VI, 27) che i servi *propri* istituiti eredi si dovessero intendere implicitamente manomessi. Vedi a questo proposito Doveri: op. cit. t. 2, §. 656, n.° 1, pag. 501. E ciò era giusto, poichè siccome il più delle volte il padrone istituiva erede il proprio servo nella sua eredità oberata allo scopo soltanto, che la vendita dei beni non si facesse in nome suo e così non incorresse nell'infamia dei debitori insolventi, da un altro lato era equo che in premio del sagrificio che doveva sopportare, lo schiavo ottenesse la libertà.

([5]) Ancorchè si fosse immischiato nei beni del defunto, tuttavia lo schiavo, se era minore di XXV anni, poteva ottenere perdono e implorata prima la *in integrum restitutio* (l. 7, §. 5 Dig. De Min. XXV ann.) chiedere dopo con efficacia la separazione dei patrimoni.

possedeva, ovvero da quei beni, che solo in seguito potrebbero pervenirgli, rimanendo egli obbligato al pagamento dei debiti ereditari soltanto fino a concorrenza dell'attivo del patrimonio del defunto suo padrone. *In Gius Nuovo,* come avverte il Voet, invece di ricorrere al *beneficium separationis,* esso avrebbe potuto provvedere ugualmente ai suoi interessi col *beneficium inventarii* ([1]).

2.° Al *sostituito pupillarmente* (l. 12, Dig. De Vulg. et pupill. substit., XXVIII, 6 e l. 42, Dig. De Acquir. hered., XXIX, 2), che poteva ottenere la separazione dei beni del padre da quella del figlio, quando l'eredità del *paterfamilias* sostituente fosse oberata talmente da rendergli dannoso o inutile l'accettare quella del pupillo, cui fu sostituito, sebbene entrambi dovesse accettarle ([2]).

3.° Al *figlio di famiglia* (l. 3, §. 4, Dig. De Minor. XXV ann.) in forza di una Costituzione di Claudio rispetto al *peculio profettizio,* quando esso pella confisca dei beni del padre deveniva proprietario di quel peculio ([3]).

4.° Ai *creditori del peculio castrense* (l. 1,

([1]) Secondo il Marcadé: (op. cit. t. 3, pag. 172) infatti sarebbe stata la separazione dei patrimoni accordata allo schiavo e da una Costituzione di Gordiano estesa a tutti i *militari,* che avrebbe suggerito a Giustiniano la prima idea del *benefizio d'inventario.* Vedi pure sul benefizio d'inventario Doveri: op. cit. t. 2, §. 764. e particolarmente il bel trattato speciale del Bilhard.

([2]) Doveri: op. cit. vol. 2, §. 607, n.° 3; per maggiori dettagli vedi Dollinger: op. cit. §. 2, pag. 4.

([3]) Doveri: op. cit. vol. 1, lib. 1, §. 135, n.° 1.

§. 9, Dig. De Sep.) perchè ad essi soltanto siano devoluti quei beni, in considerazione dei quali avevano contratto un' obbligazione col figlio di famiglia, allontanandone chi era divenuto suo creditore, prima che diventasse militare.

5.° Ai *creditori di qualsiasi peculio,* del figlio di famiglia, o dello schiavo, che ha impiegato il danaro imprestato per esercitare un negozio o un' intrapresa commerciale [1] (l. 5, §. 15 e 16, Dig. De Tributaria Actione, XIV, 4).

6.° All' *erede fiduciario,* (l. 1. §. 6, Dig. De Sep.) secondo il Rescritto *Divi Pii,* affinchè i suoi beni siano distinti da quelli della *fideicommissaria hereditas* che in forza del S. C. Pegasiano, emanato sotto il regno di Vespasiano, essendo consoli Pegasio e Pusione, è stato costretto di adire e che poi non potè più restituire, non trovandosi nessuno, che potesse o volesse riceverla.

7.° Ai *creditori stessi dell'erede fiduciario,* secondo l'opinione di Ulpiano (l. 1, §. 6, Dig. De Sep.), quando nel caso precedente l'erede non avesse chiesta la separazione.

8.° Ai *creditori dell' erede,* che erano garantiti da *fidejussione* (l. 3, *Debitor fidejussori ecc.* Dig. De Sep.; Papin. lib. XXVII Quaestion.) siano essi uno solo o più, quando il loro debitore diventò

[1] In questo caso, quei creditori eserciteranno *l'actio tributoria,* una delle 4 azioni *adjectitiæ qualitatis* che si sperimentano in caso di obbligazione correale impropria.

erede del fidejussore, non essendo giusto, come avverte Papiniano, che per la confusione, che sarebbe avvenuta dovessero patir danno, avendo essi curato diligentemente i loro interessi.

9.° Al *patrono* (l.6, §.1, Dig. De Sep.; Julian. lib. 46 Quaestion.) ed anche ai *suoi creditori*, perchè il patrimonio del liberto, che dovrà appartenergli non vada confuso con quello che a pregiudizio del patrono colla *bonorum possessio secundum tabulas* aggiunse al suo ([1]).

Questi sono i casi, nei quali in Diritto Romano era lecito di chiedere la separazione dei patrimoni.

Però devesi fermamente ritenere, che questo benefizio venisse principalmente introdotto allo scopo di favorire i creditori ereditari e soltanto sussidiariamente i legatari e che con tale intendimento venissero dettate intorno ad esso quelle norme, che si trovano consegnate nelle nostre Fonti.

([1]) Dai numeri 7, 8 e 9 risulta, che tre erano le eccezioni richieste dall'equità al principio consegnato nella l. 1, §. 2, Dig. De Sep. che cioè i soli creditori del defunto e non già quelli dell'erede potessero chiedere la separazione dei patrimoni. Anche il Voet al n.° 2 del suo Commentario del Titolo De Separationibus ammette tre eccezioni a quel principio. Ma mentre egli sembra di essersi dimenticato del n.° 8, d'altra parte è venuto a riconoscere nei creditori dell'erede il diritto di chiedere la separazione, quando l'erede in frode dei loro diritti avesse adita un'eredità oberata. Al mio debole parere, come ho già avvertito, sembra invece che in quest' ultimo caso avrebbe bastato far valere la *Revocatoria in rem actio*. Nè a questa mia interpretazione contraddice il Testo, non trovando in nessun luogo espressamente accordata la separazione a questi creditori dell' erede, essendo soltanto detto, che il Pretore poteva *calliditatem eius subvenire, qui talem fraudem commentus est* (l. 1, §. 5, Dig. De Sep.).

La separazione dei patrimoni, come abbiamo visto non era *ipso jure* di *pieno diritto,* come divenne nel Diritto Consuetudinario Francese, ma veniva accordata dal Pretore o dal Preside, contro la persona, che è divenuta erede, sia per testamento, sia *ab intestato,* qualunque essa esser si debba ([1]), o contro i suoi successori e perfino contro coloro che a titolo di creditori ritengono delle cose ereditarie. ([2]). E si poteva esercitare su tutti i beni dell'eredità, anche su quelli acquistati col patrimonio del defunto, dopo aver ottenuto questo benefizio (l. 5, Dig. De Sep.; Paolo lib. 13 Quaest.)

Ma quale era l' effetto della separazione dei patrimoni tra i creditori del defunto e quelli dell'erede? Dava essa, cioè, il diritto a chi l'aveva ottenuta e non era stato completamente soddisfatto sui beni separati di fare pure valere le proprie ragioni sul patrimonio dell' erede? E qualora accordasse tale facoltà, questo ricorso in che misura aveva luogo? Da un altro lato permettevasi ai creditori dell'erede, dopo che i creditori del defunto che avevano chiesto la separazione dei patrimoni si erano pagati, di venire sul patrimonio del *de cujus?*

Intorno a quest' ultima questione il Testo ([3]), non

([1]) In confronto dunque perfino del Fisco o dei municipi, come espressamente avverte il Testo stesso alla l. 1, §. 4, Dig. De Sep.

([2]) Mühlenbruch: op. cit. pars spec. §. 701.

([3]) L. 1, §. 17 Ulpiano al principio Dig. De Sep.; l. 3, §. 2. eodem tit. Papiniano verso la fine; l. 5, eodem tit. Paolo lib. 13 Quaest. in mezzo.

meno che la concorde opinione degli interpreti ([1]), ritengono, che *sine dubio* tal diritto spettasse ai creditori dell'erede *dimissis hereditariis;* non così circa le altre questioni e tale controversia è cagionata dal linguaggio poco chiaro delle nostre Fonti. A questo proposito infatti nel Titolo VI *De Separationibus* lib. XLII Dig. troviamo tre Testi, che sono in aperta contraddizione.

L'uno è la l. 5, Dig. De Sep. di Paolo (lib. 13 Quaest.), nella quale è detto che i creditori ereditari, quando hanno chiesta la separazione nonostante che l'eredità non sia idonea, non potranno ritornare all'erede, dopo pagati i suoi creditori personali, come si vorrebbe da alcuni, ma star devono a quanto una volta hanno domandato, ancorchè *decepti* avessero conseguito meno dei creditori dell'erede.

L'altro testo, la l. 1, §. 17 di Ulpiano viene a suffragare l'opinione di Paolo, adducendo per motivo, che quelli, che ottennero la separazione devono imputare a loro stessi di esser stati troppo facili, se essendo idonei i beni dell'erede preferirono ciononostante, che da quelli si separassero i beni del defunto. Però a differenza di Paolo, ammette, che in un caso i creditori ereditari possano impetrare venia, quando cioè, *justissima ignorantiae causa allegata* abbiano *temere*, sconsigliatamente, chiesto questo benefizio.

([1]) Mühlenbruch: op. cit. §. 701 *De iis, quae vel maxime etc.;* Voet: op. cit. De Sep. al n.° 3; Donello: *Opera omnia* lib. XXIII, cap. XVI, De Sep. bon. verso la fine, Salgado, Pothier, Einecio ecc.

Finalmente un terzo frammento, la l. 3, §. 2, Dig. eod. tit. di Papiniano, dopo avere esaminato il caso speciale di uno stipulatore, che non avesse potuto conseguire l'intero dall'eredità, sebbene avesse egli stesso chiesta la separazione dei beni del fidejussore da quelli dell'erede suo debitore, e dopo aver ragionevolmente riconosciuto il diritto al creditore di venire anche sui beni dell'erede, fattosi a considerare la tesi generale ne trae delle conseguenze affatto opposte a quelle di Paolo e Ulpiano, Egli ritiene infatti, che in *quolibet alio creditore,* che ha impetrata la separazione, *commodius est,* è meglio, ammettere, che non essendo stato soddisfatto completamente possa far valere le proprie ragioni sui beni dell'erede, se i propri creditori *fuerint dimissi.*

In questa diversità di opinioni a quale dare la preferenza? Vi è forse una conciliazione possibile?

Nel risolvere tale arduo problema gli interpreti del D. Romano mi sembra che abbiano seguite tre vie diverse. Alcuni (1), partendo dal principio, che nelle nostre Fonti non era possibile contraddizione alcuna, si sono sforzati con ingegnose conciliazioni, di porre in accordo gli opposti frammenti di Paolo, Ulpiano e Papiniano. Altri (2), cedendo all'evi-

(1) Voet: op. cit. De Sep. al n.° 3; Mühlenbruch: op. cit. pars spec. lib. V, §. 701, n.° 3; D' Espeisses: Des Contrats, 3.ª part., tit. 2, sez. 5, n.° 9; Righini: La Separaz. del Patrim. ecc. §. 1, pag. 11, ecc.

(2) Cujacio: op. cit. t. V, Ad leg. 5, De Sep.; Donello: op. cit. lib. XXIII, cap. XVI; Salgado: op. cit. pars 1, cap. IX n.° 41; Pothier: Ad Pandectas t. V pag. 665 e 666; Dollinger: op. cit. §. 5, p. 15 e seg.

denza dei fatti, hanno dovuto confessare l'esistenza dell'antinomia, rigettando ciononostante l'opinione di Papiniano. Altri ([1]) ancora, quasi non curandosi dei vari frammenti, che a questo proposito si trovano nelle nostre Fonti, fondandosi su un'idea rigorosa della separazione dei patrimoni, sono venuti concordemente ad ammettere ciò che da Paolo ed Ulpiano era stato insegnato.

Io non starò qui a riportare in disteso tutte le conciliazioni di quei frammenti, che troppo tempo a ciò mi ci vorrebbe, soltanto brevemente esporrò e mi proverò di combattere quelle, che mi parvero le più ingegnose.

Secondo il Voet, la regola sarebbe, che coloro che hanno chiesta la separazione quasi in pena dell'ingiuria arrecata all'erede, sebbene non soddisfatti interamente, non potrebbero ritornare sui beni dell'erede, salvo che fossero incorsi in una giusta causa di errore, come osserva Ulpiano, ma in tal caso dopo soltanto che i creditori dell'erede fossero soddisfatti, secondo l'opinione di Papiniano. Nè questa opinione di Ulpiano si può ritenere contradetta da quella di Paolo, che i creditori ereditari non possono neppure se *decepti*, venire sui beni dell'erede, poichè qui, dice sempre il Voet, si allude al caso di un ricorso dei creditori del *de cujus* sul patrimonio dell'erede, quando i creditori

([1]) **Heinecius: Ad Pandectas pars VI, §. 272, 273; Duarenus: Opera omnia t. 2, p. 714, cap. IV.**

dell'erede sebbene abbiano conseguito più degli ereditari, non furono però completamente soddisfatti.

Questa spiegazione data dal Voet, se non è convincente, poichè è affatto arbitrario il voler riferire il frammento di Papiniano al caso di aver chiesta la separazione *temere* (1), quanto il voler interpretare in quel modo il frammento di Paolo, tuttavia è una delle più ingegnose, come quella che risponde a tutte le contraddizioni, che vi si possano trovare.

Il Mühlenbruch, dicendo, che coloro che hanno domandata la separazione *plerumque* non potranno ritornare all'erede, salvo il caso di errore, o che rimanga qualche cosa dopo pagati i creditori dell'erede viene implicitamente a conciliare i frammenti, col far sostenere a Paolo e Ulpiano, che il principio, che i creditori ereditari insoddisfatti non possano venire sui beni dell'erede, patisce l'eccezione, che sarebbe espressa da Papiniano, del caso che i creditori del l'erede fossero già soddisfatti; ma ciò non si può ammettere essendo stato espressamente negata questa eccezione da Paolo e Ulpiano.

Il D'Espeisses esplicitamente e il Righini implicitamente conciliano i frammenti di Paolo e Ulpiano con quello di Papiniano, facendo ritenere, che l'opinione

(1) Dico, che è arbitrario il voler riferire il frammento di Papiniano al caso di aver chiesta la separazione *temere,* perchè a ciò si oppone la l. 3, §. 2, Dig. De Sep.; in essa infatti Papiniano contempla due classi di creditori in presenza gli uni degli altri e i loro rispettivi diritti, non poteva dunque venirgli in mente di alludere a quel caso speciale, senza prima dichiararlo espressamente; e lo stesso avrebbe dovuto fare Paolo volendo che quel suo frammento alludesse a quel caso specialissimo.

dei primi fosse sostenibile in D. Romano di fronte ai rigorosi principii del diritto, *de rigore juris,* mentre quella del secondo lo sarebbe soltanto di fronte ai principii di equità, per giusta causa, *de aequitate.*

Questa spiegazione oltre a non togliere tutte le antinomie (1), alla pari di quella del Mühlenbruch, ha basi ben poco solide. Infatti, se la parola *commodius* che si trova nel frammento di Papiniano, si presta forse a far ritenere, che tale era la sua opinione secondo i principii di equità, non si può però da quella inferire, che non si potesse anche di fronte al diritto sostenere la dottrina di Papiniano.

Fra coloro, che si limitarono in certo modo soltanto a costatare l'esistenza dell'antinomia sono: il Cuiacio, il Donello, il Salgado, il Pothier, il Dollinger.

Il Cuiacio, dopo avere esposto i frammenti di Paolo e Ulpiano e quello di Papiniano, notata la diversità di opinioni, che spesso si verificava tra Paolo e Papiniano, non si pronunzia per nessuno dei due.

Il Donello brevemente avvertita l'antinomia, sembra disposto ad accogliere senza quasi addurre motivi l'opinione di Paolo, mentre il Salgado viene alla medesima conclusione, desumendola dai principii generali sulla separazione dei patrimoni. E lo stesso

(1) Infatti lascia senza spiegazione, come mentre Ulpiano voleva che il ricorso fosse concesso a quei creditori, che avessero chiesta la separazione *temere,* sconsigliatamente, Paolo invece non voleva accordarlo neppure a coloro che fossero stati perfino ingannati, *decepti.*

fanno il Pothier ed il Dollinger, procurando di richiamare l'attenzione su una specie di esitanza sul cominciare della l. 3, §. 2, Dig. De Sep. la quale invece Papiniano non provava, quando in fondo della stessa legge affermava, che *sine dubio* i creditori dell'erede potessero venire sul patrimonio del defunto, *dimissis hereditariis*.

Tra coloro finalmente che vennero a negare recisamente qualunque ricorso, non curandosi della l. 3, §. 2 di Papiniano, quasi che non esistessse e fermi nell'idea che coloro, che domandarono la separazione dei patrimoni *recesserunt a persona heredis* in un modo assoluto e perpetuo, sono l'Einecio ed il Duareno.

Ora quale di queste tre opinioni dovrò io accogliere? Basta l'esame il più superficiale del contesto dei tre frammenti per persuaderci, che nessuna conciliazione è possibile. Ammesso questo, io non giungo però fino a ritenere, come il Donello, Salgado, Pothier, Dollinger, che si debba unicamente accettare l'opinione di Paolo e Ulpiano, che non accordavano ricorso alcuno a chi troppo facilmente aveva impetrata la separazione dei patrimoni. Infatti mi sia lecito chiedere a questi interpreti per quanto autorevoli essi siano, come pure all'Einecio e al Duareno, perchè rigettate voi la dottrina di Papiniano senza quasi addurne il motivo? Non è l'opinione di Papiniano autorevole, quanto quella di Paolo e Ulpiano, suoi contemporanei (1)?

(1) Il padovano Paolo ed il fenicio Ulpiano erano contemporanei e assessori di Papiniano nel *consistorium principis* ed amici ad Alessandro Severo imperatore; i primi due furono anche Praefecti Praetorii.

Molti frammenti dai compilatori delle Pandette non furono a lui tolti come agli altri due grandi giureconsulti ([1])? Come potete dire: *haud obscurum est* ([2]), che non si deve ammettere il ricorso, quando v' imbattete nella l. 3 §. 2 di Papiniano?

Certo quegli interpreti furono indotti a stare all' opinione di Paolo ed Ulpiano dall'idea rigida, che si erano formati della separazione dei patrimoni in D. Romano, come di un' istituzione, che cancellava in un modo assoluto e perpetuo l' adizione dell'eredità, o più propriamente, come di un' istituzione che faceva sì, che l' erede continuasse a considerarsi come erede di fronte alla legge civile, ma operasse tra lui e i creditori del defunto una divisione profonda e permanente, che impediva a questi di ritornare sul suo patrimonio particolare.

E tale credo io pure che fosse stato il primo concetto della separazione dei patrimoni, ma a poco a poco ben presto si riconobbe che non abbastanza si accordava ai creditori del defunto, potendo talvolta risentire perfino danno ([3]), invece che avvantaggiarsi coll' esercizio di questo benefizio, e perciò sorse la

([1]) TRIBONIANO e i sedici suoi collaboratori delle Pandette distinsero in tre masse i frammenti, che introdussero nei Digesti, e mentre la prima e la seconda comprendevano i frammenti di Sabino e quelli Edittali, la terza conteneva quelli di PAPINIANO (Vedi: *Appunti alle Lezioni di Storia giuridica del D. R.* del Prof. BUONAMICI p. 298).

([2]) HEINECIUS: op. cit. luogo citato: « Haud obscurum est impetratae se« parationis eum esse effectum, ut non aliter creditoribus defuncti ex solis « bonis hereditariis satisfiat, ac si adita hereditas non esset. ».

([3]) Vedi mia tesi: capitolo 3.° confutazione del primo sistema.

dottrina di Papiniano, che maggiormente si avvicinava al concetto più equo, che *de jure condendo* [1] dovevasi formare della separazione. Secondo questa dottrina la separazione dei patrimoni rescindeva l'adizione dell'eredità, ma non già in un modo assoluto e perpetuo. Essa in certo modo sospendeva quasi l'adizione dell'eredità e permetteva un ricorso sui beni dell' erede, non prima però che i suoi creditori personali dal canto loro si fossero soddisfatti. All' epoca della compilazione delle Pandette, due dunque, secondo il mio modo di vedere, erano le dottrine circa agli effetti della separazione, l'una, l'antica, espressa da Paolo e Ulpiano, l' altra, la moderna, professata da Papiniano. Ora il trovarsi ambedue riportate nel Digesto che altro significa, se non che Triboniano e gli altri collaboratori, riconoscendosi incompetenti forse a giudicare di opinioni così disparate dai più sommi giureconsulti Romani professate in una materia così intricata, non abbiano voluto far altro che esporci lo stato della questione, rilasciando al prudente arbitrio del Giudice il seguire o l'una o l' altra Dottrina.

Ma se ciononostante si volesse sapere quale fosse l' opinione, che ai tempi di Paolo e Papiniano incontrava maggiore favore, da un passo del Commento ad leg. 5 tomo V, di Cuiacio, sarei indotto a pronunziarmi per quella dell' ultimo. Dal vedere come l' eminente giureconsulto dopo aver costatata la differenza

[1] Vedi l'opinione, che ho esternata a questo proposito sul finire del terzo capitolo.

di opinioni tra Paolo e Papiniano in questa occasione, come in altre molte, dice: « *nam constat inter Pa-* « *pinianum et Paulum fuisse quamdam aemula-* « *tionem* (1) », sembrerebbe, che anch'esso preferisse l'opinione di Papiniano, ammettendo in certo modo che Paolo fosse portato a sostenere il contrario quasi per puntiglio. Nè si dica come hanno preteso certuni, che la l. 3, §. 2, Dig. De Sep. non stia a rappresentare che un'opinione individuale, che sarebbe stata insegnata soltanto da Papiniano, perchè a ciò si oppone la l. 5 eod. tit., ove Paolo stesso confessa, che la dottrina da lui avversata, non da un solo ma da alcuni era sostenuta *(quidam putant)*.

Finalmente mi conferma sempre più nella idea che erroneamente si è creduto, che la dottrina di Paolo fosse in D. Romano pacificamente da tutti accolta, il vedere come tra Paolo e Ulpiano perfino non esistesse perfetto accordo, ritenendo il primo che il ricorso sui beni dell'erede non potesse aver luogo neppure, se ingannati si fosse chiesta la separazione, mentre Ulpiano sosteneva il contrario, quando soltanto se l'avesse chiesta sconsigliatamente.

Colla spiegazione, che ho testè data dei frammenti di Paolo, Ulpiano e Papiniano, credo di aver già risposto alla domanda, che mi faceva sul finire del terzo Capitolo, circa a sapere qual sistema aveva

(1) Questa specie di rivalità, di differenza di opinioni tra Paolo e Papiniano è stata pur notata dal Dollinger: op. cit. §. 5 pag. 18 e dal Duranton: Cours de Droit Civil §. 500, t. 4.

seguìto il D. Romano nel determinare i rapporti tra i creditori del defunto e quelli dell'erede, quando era avvenuta la separazione. Esso partendo dal concetto caratteristico della separazione, quale ci è affermato da tutti gli interpreti, di far sempre, cioè, considerare l'eredità, come tuttora posseduta dal defunto e non dall' erede, viene tuttavia a conseguenze disparate, secondo che si sostiene o no, che la cancellazione dell' adizione si debba intendere avvenuta in un modo perpetuo ed assoluto. Se si ritiene l' affermativa con Paolo ed Ulpiano si verrà alle conseguenze del primo sistema, di non permettere, cioè, ai creditori ereditari, che avendo chiesto la separazione non ottennero piena soddisfazione sui beni del *de cujus*, di concorrere su quei dell' erede. Se si ammette con Papiniano la negativa si sarà condotti a sostenere i resultati del secondo sistema, che i creditori del defunto possano venire sui beni dell' erede a ripetere il restante del loro credito, dopo soddisfatti i suoi creditori personali.

In quanto al terzo sistema, esso non era conosciuto in D. Romano e fu solo nelle moderne legislazioni introdotto, quando il concetto della separazione dei patrimoni divenne più conforme ai principii di equità. —

Svolta ampiamente la questione degli effetti della separazione dei patrimoni, a completare l' esposizione del D. Romano su questa materia, accennerò brevemente quali fossero i casi in cui non era più lecito di domandare questo benefizio.

Ciò accadeva:

1.° Quando erano trascorsi *cinque anni* dall'adizione dell' eredità (l. 1, §. 13, Dig. De Sep.) *prescrivendosi* in tal caso dentro quel tempo il diritto della separazione dei patrimoni.

2.° Quando era avvenuta la *confusione* (l. 1, §. 12, eod. tit.) dei beni del defunto con quelli dell' erede in modo da non poter più discernere gli uni dagli altri. Questa confusione di rado poteva aver luogo rispetto agli immobili, come osserva il Testo stesso, più facilmente rispetto ai mobili. Nonostante che fosse avvenuta per una parte di essi, tuttavia si potrà chiedere la separazione dell' altra parte dei beni, che non furono confusi [1]. Se l' adizione dell'eredità avesse avuto luogo con benefizio d'inventario non si potrà più parlare di confusione.

3.° Quando l'erede abbia in precedenza *alienati i beni ereditari* (l. 2, Dig. eod. tit.; Papin. lib. 25, Quaest.), purchè non insorga alcun sospetto di frode, chè allora i creditori del defunto potrebbero in precedenza far annullare l' alienazione coll' azione Pauliana e poi chiedere la separazione. La ragione per cui cessa coll' alienazione il diritto a chiedere questo benefizio è giustissima, mi sembra; l' erede è divenuto padrone dei beni del defunto coll' adizione, ma i creditori ereditari potevano vantare dei diritti su quelli in precedenza, qualora tosto avesse chiesta

[1] Voet: op. cit. lib. XLII, tit. VI, n.° 4.

la separazione, non l'hanno fatto, tanto peggio per loro, l'alienazione è valida: *quae bona fide medio tempore per heredem gesta sunt rata conservari solent;* tuttavia, siccome *pretium in judiciis universalibus succedit in loco rei,* come dice il Brunneman ([1]), qualora il prezzo dell' immobile alienato non fosse stato finora pagato, ovvero che il danaro non si fosse peranco confuso, il creditore ereditario potrebbe ancora pretenderlo chiedendo la separazione; ciò non è detto espressamente dal Testo, ma è ritenuto dalla concorde opinione degli interpreti.

Recherà forse meraviglia il vedere come bastando l'alienazione di un immobile ereditario per far cessar su quello il diritto di chiedere la separazione, invece il costituire l'erede un diritto di pegno o di ipoteca (l. 1, §. 3, Dig. De Sep.) su di esso, il che equivale ad una parziale alienazione, non fosse sufficiente a far cessare tale diritto; si potrebbe dire quando è lecito il più, deve esser lecito anche il meno, ma non sempre accade così ([2]). La ragione di questa speciale disposizione introdotta da un Rescritto di Severo ed Antonino, stà in ciò forse, come osservano il Cuiacio ([3]) ed il Salgado ([4]), che quando l'erede costituisce un pegno su una cosa ereditaria, egli non ne perde il dominio, e il

([1]) Brunneman: Commento alla leg. 2 Dig. De Sep.

([2]) Infatti vediamo in un altro caso dalla legge Giulia essere lasciata la facoltà al marito di alienare l'immobile dotale col consenso della moglie, mentre non gli è permesso di ipotecarlo neppure col consenso.

([3]) Cuiacio: Comment. Ad l. 2, Dig. De Sep.

([4]) Salgado: op. cit, pars 1, cap. 69, n.° 26.

creditore continua a possederla in suo nome, *hypotheca non est alienatio, et manet nihilominus hereditas apud heredem semper,* mentre ciò non accade in caso di alienazione.

4.° Cessava pure il diritto a chiedere la separazione per *volontà del creditore,* (l. 1, §. 10, Dig. De Sep.), quando aveva accettato per debitore l'erede *(nomen heredis secutus est)* spontaneamente *(eligendi tamen mente),* cioè avesse fatto novazione del suo credito, accettando nuove garanzie, sia degli interessi, sia una fideiussione (l. 1, §. 11, Dig. De Sep.), ancorchè non sufficiente, sia un pegno (l. 1, §. 15, Dig. De Sep.) o un'ipòteca. Però, se i creditori hanno chiamato in giudizio l'erede, non si deve da ciò inferire, che abbiano voluto riconoscersi come suoi creditori personali (l. 6, Dig. De Sep.; Marcianus lib. 2, Regular. e l. 2, Cod. De Bon. Auct. etc.) perchè come dice il Gottofredo ([1]), questa novazione *per judicium* non è volontaria, ma necessaria.

([1]) Gothofredus: *De diversis regulis juris antiqui commentarius,* coll. VIII. *E quaest. Pauli De Priv. credit.* pag. 405.

CAPITOLO V.

La separazione del patrimonio nel Codice Napoleone e nel Codice Civile Italiano.

§. 1.

Quale sia la natura di questo benefizio.

Se abbandonata la dottrina Romana e le erronee interpretazioni, che subì nell' antico D. Francese, ci facciamo a studiare l' istituto della separazione del patrimonio nelle moderne legislazioni, ci troveremo di fronte a quei due grandi Codici, il Napoleonico e l'Austriaco, che segnano una nuova epoca nello studio delle legali discipline. Non è qui il luogo di considerare le importanti modificazioni introdotte nel sistema del diritto dal legislatore Francese e dall' Austriaco, soltanto richiamerò l' attenzione sul modo oscuro ed incompleto, col quale il codice Napoleone tratta della separazione del patrimonio.

Quattro articoli soltanto nella parte delle Successioni ([1]) e due in quella delle Ipoteche ([2]) si occupano di questa materia che pel comune consenso di tutti i trattatisti antichi e moderni fu reputata una delle più difficili del diritto, e circa la quale il Cabantous non temè di affermare ch'era: « *Une des matières les plus* « *fécondes en difficultés et les moins explorées de* « *notre droit* ». Ma riservandomi di considerare nel seguente paragrafo quei pochi singoli articoli, accennerò ad una delle questioni teoriche le più controverse, che in ordine agli articoli 878, 2111 e 2113, si agitano nella giurisprudenza Francese e che trova il suo riscontro agli articoli 2062 e 2065 del nostro Codice Civile Italiano.

Quale è la natura del benefizio della separazione dei patrimoni rispetto agli immobili in particolare una volta iscritto? È un' ipoteca? È un privilegio? È un'istituzione *sui generis?*

Esporrò dapprima la stato della questione di fronte al Codice Napoleone.

Due sono le opinioni che si agitano in Francia: chi ritiene che il benefizio della separazione dei patrimoni, che di fronte all' art. 878, si potrebbe considerare come un semplice diritto di *preferenza,* come nell' antico D. Francese, sia stato trasformato dal-

([1]) Cod. Civ. liv. 3.e, tit. 1 *Des Successions* Sect. 3.e: Du paiement des Dettes: Art. 878, 879, 880 et 881.

([2]) Cod. Civ. liv. 3.e tit. 18 *Des privilèges et Hypothèques:* Sect. IV: Comment se conservent les priviléges: Art. 2111 et 2113.

l'art. 2111 in un vero e proprio privilegio, e chi lo nega, sostenendo che l'iscrizione voluta dall'articolo 2111 non sia intesa che a rendere pubblico quel diritto.

Illustri Giureconsulti si schierano nei due opposti campi. Sostiene che è un privilegio il Demolombe, il Duranton, il Persil, il Chiesi, il Blondeau, il Barafort, [1]. Lo nega il Troplong, il Pont, il Dollinger, il Dufresne, il Masson, il Mourlon [2].

Stolta pretesa sarebbe la mia, se io osassi intromettermi in questa controversia e aggiungere cosa alcuna in questo argomento da tanti ingegni preclari profondamente studiato. Mia intenzione invece è l'esporre semplicemente colla maggior brevità possibile lo stato della questione, reputandomi pienamente soddisfatto, qualora riuscissi a farlo con sufficiente chiarezza e precisione.

Coloro che sostengono che il benefizio della separazione dei patrimoni sia un privilegio [3] si fondano:

[1] Demolombe: op. cit., n.° 208 e seg.; Duranton: Cours de Droit Civil suivant le Code Français, edit. 1841 Bruxelles, t. 10, n.° 224; Persil: Régime Hypothécaire, n.° VI, art. 2113, pag. 104; Chiesi: Il sistema ipotecario illustrato, vol. 2, pag. 280; Blondeau: op. cit., pag. 473 e seg.; Barafort: op. cit., p. 24 e seg.

[2] Troplong: Des Priv. et des Hypoth., n.° 323; Paul Pont: Des Priviléges et Hypoth. et de l'expropriation forcée, mis en rapport avec la loi sur la transcription; Mourlon: Des Priv. et des Hyp. art. 2111, n.° 385, pag. 921; Dollinger: op. cit. n.° 128 e seg.; Dufresne: op. cit., n.° 89 e seg.; Masson: op. cit., pag. 219 e seg.

[3] Tra questi stessi che ammettono che la separazione del patrimonio sia un privilegio non v'è neppure un perfetto accordo, poichè mentre il Demolombe e il Blondeau non vogliono riconoscere a questo privilegio che

1.° Sulla storia, che avrebbe sempre conservato tale carattere a questa istituzione fino dal D. Romano.

2.° Sugli art. 2111 e 2113, il primo dei quali dice, che con l'iscrizione dentro sei mesi sugli immobili i creditori e legatari, che chiedono la separazione *conservent leurs privilèges*, e il secondo, che se espressamente non accenna alla separazione, lascia però intendere per la sua prossimità all'art. 2111, che ad esso si vuole pure riferire, quando dice, che tutti i *crediti privilegiati* sottoposti per poter conservare il *privilegio* alla formalità dell'iscrizione, che non è stata eseguita, non cessano perciò d'essere ipotecari.

3.° Sul posto stesso, che occupano gli art. 2111 e 2113, che sono nel Titolo dei *Privilegi* e delle *Ipoteche* e precisamente nella Sezione IV, che tratta del modo in cui si conservano i *privilegi*.

4.° Sul concetto stesso del *privilegio* dato dall'art. 2095, dal quale, come dice il Barafort, si può inferire, che vi sarà privilegio tutte le volte, che la qualità del credito assicurerà il pagamento con preferenza agli altri creditori, ancorchè il loro diritto fosse anteriore e garantito da un'ipoteca, e verificandosi per l'appunto il caso nella separazione dei patrimoni, che i creditori chirografari del defunto, che l'hanno ottenuta, possono essere pagati con preferenza

le droit de suite, il Dufresne invece crede che la sola sua prerogativa sia il diritto di *indivisibilità* e solo il Barafort, al dire del Masson, gli riconosce e *le droit de suite* e *le droit d'indivisibilité*.

dei creditori perfino ipotecari dell'erede. L'articolo 2111 qualifica positivamente questo diritto di privilegio: « *et avec raison,* dice il Duranton, *car* « *qu'importe qu'il n'ait pas d'effet en général* « *entre les créanciers de la succession et les léga-* « *taires eux-mêmes; il a effet à l'égard des cré-* « *anciers de l'héritier* ».

5.° Si fondano ancora per sostenere che il diritto della separazione sia un privilegio sulla considerazione, che questo benefizio deve dare necessariamente *le droit de suite* sugli immobili venduti, poichè altrimenti riuscirebbe illusorio.

A questi argomenti si replica: « *que c'est impro-* « *prement,* come dice il Troplong, *que l'on a quali-* « *fié du nom de privilége le droit que les créanciers* « *et les légataires ont de demander la séparation* « *des patrimoines* ». In tale improprietà di linguaggio il legislatore dev' essere caduto forse, perchè questo diritto è sottoposto a delle condizioni di pubblicità e ad una iscrizione alla pari dei privilegi. Perciò dunque il Dufresne vorrebbe, che dovendosi rivedere il Codice Napoleone: « l'*inscription à la-* « *quelle l'art.* 2111, *a assujéti ce droit soit rem-* « *placée par une déclaration faite au greffe du* « *Tribunal du lieu de l'ouverture de la succession,* « *semblable à celle prescrite à l'héritier qui veut* « *user du bénéfice d'inventaire* ».

Inoltre, sebbene l'art. 2111 parli di privilegio, tuttavia la separazione dei patrimoni non si trova an-

noverata, nè all'art. 2103, ove il legislatore francese enumera i privilegi, nè là dove parla delle ipoteche legali, nè all'art. 2094, dove accenna alle cause di prelazione.

Di più il benefizio della separazione non è un privilegio tra i creditori della stessa persona, perchè il suo effetto è quello invece di impedire, che i creditori di una persona vadano confusi con quelli di un'altra, mentre il privilegio vero e proprio è un diritto di preferenza tra i creditori dello stesso debitore.

E finalmente, come osserva il Pont, supposto pure che la separazione dei patrimoni fosse un privilegio, mancherebbe di uno dei suoi effetti più importanti, cioè del *droit de suite,* poichè all'art. 2111 non si accorda ai creditori ed ai legatari che ottennero l'iscrizione nessun diritto reale in confronto dei terzi, i quali anteriormente all'iscrizione della separazione hanno acquistato la proprietà dell'immobile, ovvero un'altro diritto reale sul medesimo. Infatti dice il Pont: « *la séparation des patrimoines n'est pas* « *constitutive d'un privilège proprement dit; elle* « *crée un droit* SUI GENERIS, *un droit de préférence* « *depourvu de ce droit de suite, qui est le complé-* « *ment du privilége sur les immeubles et l'une des* « *conditions d'efficacité* ».

Passando ora dalla legislazione Francese alla Italiana, mi proverò a determinare la vera natura del

benefizio della separazione del patrimonio, sebbene debba confessare, che maggiori saranno ancora le difficoltà da sormontare nella risoluzione di questo arduo problema [1].

E prima di tutto noterò, come di fronte al nostro art. 2062 cada il grave argomento del Pont, che giustamente si poteva sostenere rispetto al Cod. Napoleone. L'art. 2062 accorda in un modo abbastanza chiaro le *droit de suite*, *l'azione reale*, al benefizio della separazione dei patrimoni, quando dispone che se è stato iscritto dentro tre mesi dall'apertura della successione esso avrà effetto anche contro le persone, che abbiano acquistato degli immobili dall'erede ed abbiano trascritto il loro titolo d'acquisto. Da questo sembrerebbe, che avendo *le droit de suite* come i privilegi, tra questi si dovesse collocare; ma gravi ragioni a ciò si oppongono. E considerando infatti il chiaro disposto del nostro Codice resulterà facilmente come non solo non sia questo benefizio annoverato tra i privilegi, nè tra le altre cause di prelazione, ma come non si possa ciò ritenere neppure per via di induzione, come alcuni vorrebbero di fronte al Codice Napoleone, basandosi sugli art. 2111 e 2113 e sul posto che occupano. Il solo art. 2065, combinato coll'art. 2062, che estendendo al benefizio della se-

[1] La maggior parte degli argomenti che addurrò per combattere l'idea che la separazione del patrimonio non sia altro nel nostro Codice che un privilegio, e per stabilire la vera natura di quest'istituto sono tolti alle *Lezioni inedite di Codice Civile* dell'egregio Prof. GABBA, Anno 1868-1869, lez. 48 e 49 del 21 e 23 Aprile 1869.

parazione tutte le disposizioni riguardanti l'ipoteca, potrebbe far credere che se lo sia voluto considerare come un'ipoteca privilegiata, non ha grande importanza, quando si pensi al modo in cui è concepito. Infatti in quello si viene anzi in certo modo a riconoscere, come il benefizio della separazione dei patrimoni sia un diritto *sui generis,* poichè non gli viene già dato il nome di *ipoteca,* ma si vuole soltanto che le disposizioni relative a questa si estendano al *vincolo derivante dalla separazione.*

La lettera dunque del nostro Codice si presta ancor meno del Codice Napoleone a far ritenere questo benefizio come un privilegio e la mente stessa dei suoi compilatori viene a confermare tale opinione.

Troviamo infatti che nella Commissione speciale incaricata di proporre le modificazioni di coordinamento delle disposizioni del Codice Civile, uno dei commissari, il Senatore Chiesi, coerente alle idee professate nel suo Sistema Ipotecario Illustrato, chiedeva che il diritto alla separazione del patrimonio fosse posto tra i privilegi o almeno si modificasse nei seguenti termini l'art. 1950: « Le cause legittime di « prelazione sono i privilegi, le ipoteche e il benefizio « della separazione dei patrimoni ». tanto più che questo benefizio si trovava annoverato tra le cause legittime di prelazione dalle leggi ipotecarie toscane. Ma contro di lui sorgeva il Pisanelli, che faceva osservare senza che altri gli replicasse, come questa non fosse che una inutile questione di parole, poichè

la natura del diritto di separazione consiste soltanto nell'impedire, che si confonda il patrimonio del defunto con quello dell'erede; sicchè male si farebbe a dargli un nome che non avrebbe servito, che a fargli cambiare la sua vera natura. Aggiungi a ciò l'osservazione giustissima fatta dal Troplong per negare che la separazione sia un privilegio, che mentre i privilegi sono cause di prelazione fra i creditori di una stessa persona, la separazione distingue invece i crediti di due persone diverse.

Ma supponiamo pure che la separazione sia un privilegio, il principio che il privilegio si dà soltanto alla causa del credito non sarebbe più vero, poichè in questo caso non dipenderebbe che dalla semplice eventualità della morte di un individuo il far sì che un creditore chirografario, chiedendo la separazione, farebbe cambiare il carattere giuridico del rapporto, diventando per quel solo fatto creditore privilegiato. E inoltre non concederebbe tutti i diritti, che conferisce un vero e proprio privilegio o un'ipoteca, che una volta operata l'iscrizione fa sì, che nessuno, fuorchè un creditore che abbia iscritto una ipoteca o un privilegio anteriore possa togliere il fondo dalle mani sue; infatti ancorchè la separazione sia stata debitamente ottenuta, non è escluso che chi operò l'iscrizione non si vegga superato da un creditore chirografario, che abbia ottenuta ed iscritta la separazione insieme con lui, se questi ha un diritto esigibile prima del suo.

Nè si dica essere ciò naturale, trovando spiegazione nel principio: « *privilegiatus contra aeque privilegiatum jure suo non utitur* »; questo aforisma deve essere inteso nel suo retto senso. Esso significa, che due creditori ugualmente privilegiati saranno nella stessa linea, nessuno dei due potrà pretendere di andare innanzi all'altro, ma dovranno concorrere assieme per l'importare dei loro crediti senza permettere, che quello che ha un credito anteriormente esigibile debba perciò essere soddisfatto a preferenza dell'altro, come invece accadrebbe riguardo al benefizio della separazione dei patrimoni.

Prima ora di terminare mi varrò di un'ultima osservazione dell'egregio Prof. Gabba sull'art. 2062, la quale mi sembra meritevole di una speciale considerazione e che mi sorprende di non trovare, nè nel Mazzoni, nè nel Cattaneo, nè specialmente nel Righini.

L'art. 2062 pone la più gran deroga ai principii della Trascrizione, sebbene la parte, che più specialmente ne tratta non ne faccia neppur parola. Ma non deve ciò sorprendere, presentandosi anzi a questo proposito un altro caso, in cui il legistatore peccò ugualmente di poca chiarezza.

L'art. 1969 poneva tra le ipoteche legali quella dell'alienante, ma la Commissione che si occupò della Trascrizione, imbevuta dalle idee che animavano i passati Codici, continuò a considerare come un privilegio questo diritto accordato al venditore. Essa

dettò dunque il 2.° alinea dell'art. 1942, che venne a porre un'eccezione al principio della Trascrizione. Se infatti non vi fosse l'alin. 2.° dell'art. 1942, l'alienante che non avesse curato di far iscrivere la sua ipoteca, si vedrebbe posposto in virtù del 1.° alinea dello stesso art. 1942 a colui, che in precedenza aveva iscritta sull'immobile alienato un'ipoteca concessagli dal compratore, ma l'alin. 2.° dell'art. 1942 è venuto a far denaturare l'ipoteca legale dell'art. 1969 n.° 1 in una ipoteca privilegiata. Il venditore infatti, nonostante l'iscrizione ipotecaria anteriore in data presa da un terzo può in virtù del 2.° alin. dell'art. 1942 soddisfarsi in precedenza sull'immobile alienato, alla pari del creditore ereditario, che se dentro tre mesi dall'apertura della successione ha presa un'iscrizione su gli immobili ereditari non è tenuto in virtù dell'art. 2062 a rispettare le ipoteche iscritte. Ma la differenza, che passa tra il privilegio dell'alienante e la separazione dei patrimoni nella deroga posta ai principii della Trascrizione stà in questo, che mentre l'alienante in virtù del 3.° alinea dell'articolo 1942 non può più esercitare il suo privilegio, qualora l'immobile sia stato rivenduto ad altri, che abbia regolarmente fatto trascrivere il suo titolo di acquisto, invece la separazione dei patrimoni in virtù dell'art. 2062 si potrà sempre far valere sui beni ereditari alienati anche se trascritti. Da quest'art. 2062 resulta dunque quanto il nostro legislatore volesse favorire la separazione dei patrimoni, che non devesi

considerare come un semplice diritto ipotecario, ma quale un diritto ancor più esteso dei privilegi, poichè questi per il nostro Codice o sono di poca entità o sono sottoposti all' iscrizione per valere contro i terzi.

Concludo dunque col ritenere, che il benefizio della separazione dei patrimoni non si debba già considerare come un privilegio, ma comè una istituzione *sui generis* di una natura sua particolare, i di cui principii regolatori si trovano consegnati in un Titolo speciale. Ma se si insiste per sapere quale sia questa sua natura, coerentemente all' opinione già da me professata, si dovrà ritenere, che sia quella di una finzione giuridica, in forza della quale nell' interesse di alcune persone non si considera il patrimonio del defunto come passato all' erede, ma come tuttora appartenente al defunto.

§. 2.

Il Titolo XXIV del Libro III del Codice Civile Italiano confrontato specialmente nelle note cogli articoli che trattano della separazione del patrimonio nel Codice Napoleone.

Nello scorso paragrafo nel risolvere una delle più eleganti questioni, che si agitano tra i giureconsulti, si ebbe occasione di studiare alcuni di quegli articoli, che si trovano nel nostro Codice Civile al Libro 3.°, Titolo 24, che tratta della separazione del patrimonio

del defunto da quello dell'erede. È ora mia intenzione, a completare la rapida esposizione di quest'istituto che mi sono proposto di fare in questa tesi, di confrontare col Codice Napoleone gli articoli dettati dal legislatore italiano sulla separazione dei patrimoni e per i quali riscosse ben meritati elogi, come quelli che vennero a regolare quest'istituto, se non in un modo perfetto, almeno con più ordine e giustizia.

Nel Libro III, Titolo II, Sezione V, *Del Pagamento dei debiti*, trovasi per la prima volta nel nostro Codice fatto menzione del diritto della separazione dei patrimoni all'art. 1032, ma il legislatore italiano meglio consigliato del francese, non fa che accennare in questo luogo che tale benefizio compete ai creditori e legatari del defunto e quasi a dinotare il concetto, che se ne formava di un diritto *sui generis,* si riserva di parlarne in un titolo speciale posto dopo il XXIII, che tratta dei Privilegi e delle Ipoteche.

L'art. 1032 va lodato per la sua redazione ben più felice di quella dell'art. 878 del Codice Napoleone, al quale corrisponde. Esso infatti col sostituire all'espressione francese: « *ils peuvent ecc.,* le parole: « *i creditori dell'eredità ed i legatari possono ecc.* » è venuto non solo a togliere il dubbio che la separazione fosse accordata ai soli creditori muniti di un *titolo esecutivo* (1), ciò che avrebbe reso spesse volte illusorio

(1) Nel Codice Napoleone sorgeva questo dubbio perchè l'espressione: *ils peuvent* si riferiva per l'appunto a dei creditori muniti di un *titolo esecutivo* e si poteva credere che coloro che non avessero avuto un titolo esecutivo non avrebbero potuto valersi di questo benefizio.

questo benefizio, ma venne anche chiaramente a concederlo ai legatari. In Francia nell'anno che precedette la pubblicazione dell'art. 2111 colla parte dei Privilegi e delle Ipoteche potevasi rimanere esitanti di fronte all'art. 878, se la separazione dei patrimoni dovesse o no accordarsi anche ai legatari, dei quali in esso non era fatto menzione e che si potevano credere abbastanza cautelati coll' ipoteca loro concessa dall'art. 1017. Ma se a stare ai principii del Diritto Romano doveva essere indotto il legislatore francese dalla considerazione, che talvolta quell' ipoteca poteva essere insufficiente, come se il patrimonio del defunto si fosse composto di soli beni mobili, il nostro Codice non poteva non accogliere la separazione dei patrimoni in favore dei legatari, poichè altrimenti ben poco benigno certo si sarebbe mostrato a loro riguardo. Infatti all' art. 868 egli si era contentato di ordinare, che se fra più eredi non era stato imposto ad alcuno particolarmente di soddisfare il legato ch' era stato lasciato, ciascuno era tenuto a farlo in proporzione della quota, che gli era spettata e non aveva soggiunto come il corrispondente articolo 1017: « Ils « en seront tenus hypothécairement pour le tout jus- « qu'à concurrence de la valeur des immeubles de la « succession dont ils seront détenteurs [1] ». Nè si può

[1] Anche in Diritto Romano veniva dalla legge « Cum enim, Cod. Comm. De Legatis ecc. » accordata un'ipoteca tacita ai legatari, ma questa era detta *anomala*, poichè non attribuiva nessuna azione solidale contro gli eredi, ma era divisibile fra le quote ereditarie, come l' azione alla prestazione dei

dire, che sia stata commessa un' ingiustizia col permettere sussidiariamente ai legatari di chiedere la separazione come era stato concesso e nel Diritto Romano ([1]) e nell' antico Diritto Consuetudinario Francese ([2]), poichè, se non può sorgere il dubbio, che il testatore abbia voluto preferire i legatari ai creditori dell'erede, che forse neppure conosceva, sui suoi beni, non si deve nemmeno esitare nel dire, che con ciò non si reca nessun danno all' erede, che per la sua accettazione pura e semplice si è costituito debitore dei legatari e pel quale deve essere indifferente, che i beni ereditari servano a pagare specialmente i legatari o i suoi creditori personali, essendo verso tutti ugualmente obbligato.

L'art. 1032 dice semplicemente: « *i creditori dell'eredità ed i legatari* » e *ubi lex non distinguit neque nos distinguere debemus;* perciò, come in D. Romano, potranno chiedere la separazione quelli il di cui credito o legato è puro e semplice o sottoposto a condizione o termine o modalità, senza aver riguardo alla causa, che dette origine al credito, nè se risulta da un atto pubblico o privato, nè se si tratta di un coerede stesso

legati, quando il legato non fosse caduto su una cosa speciale (Sabatini op. cit. t. 1. §. 488, pag. 200) — Vedi pure Doveri: op. cit. vol. 1, pag. 640 n.° 6; Duranton: op. cit. t. X, tit. Des Priv. et des Hypoth. n.° 235.

([1]) Vedi l. 6, Dig. De Sep. e il capitolo IV della mia tesi.

([2]) Vedi infatti Domat: op. cit., t. 4, tit. 2. sez. 1, n.° 3; che soggiunge però, dopo aver riconosciuto nei legatari il diritto a chiedere la separazione: « Mais les créanciers du défunt leur sont préférés parce qu'il n'a pas pu « léguer à leur préjudice ».

del debitore. Ha ragione dunque di dire il Marcadé [1], che la separazione potrà essere chiesta *dans tous les cas* e di avvertire, come confermò il nostro art. 2064, che quando il credito o il legato non è subito esigibile, ma è sottoposto ad una condizione, siccome allora non si tratta più che di una mera speranza, perciò possano l'erede o i suoi creditori appropriarsi intanto l'obietto di questo diritto eventuale, dando sufficiente cauzione di restituirlo più tardi, se la condizione si verificasse. Ma qualora invece si desse a questo legatario o creditore eventuale l'obietto del suo diritto, sebbene non abbia il diritto di pretenderlo, come bene fu giudicato dalla Corte di Parigi 31 Luglio 1852, allora spetterà a lui, secondo il Duranton [2], a prestare cauzione di restituire ciò che ebbe, qualora la condizione non si verificasse.

Altro punto di differenza tra l'articolo 1032 e l'articolo 878 stà in questo, che mentre il secondo articolo dice, che la domanda di separazione può essere intentata *contre tout créancier* [3], il nostro legislatore invece, non solo non fa colà di ciò parola, ma anzi all'art. 900 del Codice di Procedura Civile dichiara, che non può domandarsi che

(1) Marcadé: Explication du Cod. Civ. t. III, pag. 276, n.° 392.

(2) Duranton: op. cit. t. IV, pag. 221.

(3) Ciò non esclude, che neppure di fronte al Codice Napoleone, avendo riguardo alla natura di questa istituzione non abbia ragione il Dalloz: (op. cit. luog. cit. n.° 1411) di sostenere contro il Duranton (op. cit. t. VII, n.° 488) che non si debba stare alla lettera dell'art. 878 e che anzi si possa chiedere la separazione anche contro l'erede, tanto se è un dissipa-

contro l'erede del defunto, immediato o mediato, o altro rappresentante legittimo dell'eredità. In una parola contro chiunque succede *in universum jus,* senza aver riguardo, se si tratta della moglie stessa del *de cujus,* o del suo pupillo o perfino dello Stato [1].

E credo, che meglio abbia fatto il nostro Codice di Procedura, che in questo punto è ritornato alla dottrina Romana [2], venendo così a togliere di mezzo una complicanza di procedimenti, di liti e di spese. Infatti è soltanto dall'accettazione della successione per parte dell'erede, che su quella i suoi creditori possono accampare pretese.

E inoltre, se rigorosamente si volesse, che la separazione fosse chiesta contro *ognuno dei creditori dell'erede* e non già contro l'*erede stesso,* si andrebbe incontro al non lieve inconveniente non solo di dover aspettare per chiedere la separazione, il momento in cui il creditore dell'erede si farà conoscere, ma anche

tore, quanto se i suoi debiti venissero nel seguito a farsi conoscere. E ciò tanto più facilmente si deve sostenere dietro il riflesso, che i commentatori, nonostante l'espressione abbastanza chiara dell'art. 878, erano discordi non solo nel ritenere se era necessario di chiedere la separazione, ma ammettendo la domanda, v'erano alcuni che volevano che fosse promossa contro l'erede stesso (Dufresne op. cit. n.° 35.)

(1) Tanto ciò è vero che l'ultimo capoverso dell'art. 1962 dispone, che perfino il privilegio dello Stato per quanto riguarda le tasse di successione non ha effetto a danno dei creditori, che hanno esercitato il diritto di separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede.

(2) Accolgo l'opinione del Mourlon: (2.° Examen du C. Nap. t. 2, §. 468) che ritiene che a Roma la separazione si chiedesse contro l'erede che rappresentava tutti i suoi creditori, contro l'opinione contraria del Demolombe che vuole che contro i creditori dell'erede invece si facesse valere.

di doverne chiedere tante, quanti saranno i creditori, che si presenteranno.

Il primo articolo del Titolo XXIV è il 2054, che viene in un modo esplicito a dirimere una controversia che si agitava nell' antico Diritto Francese. Sostenevasi da alcuni essere inutile l'accordare il diritto di chiedere la separazione dei patrimoni ai creditori ipotecari del defunto: infatti, dicevasi, le ipoteche di questi sebbene posteriori in data, dovranno essere preferiti a quelle dei creditori dell' erede, pel motivo « que l'héritier n' ayant les biens qu' à la « charge des hypothèques du défunt n' avait pu les « hypothéquer que sous cette charge [1] ». Ciò è verissimo, ma tuttavia, potevano verificarsi dei casi, nei quali tornasse pure vantaggioso ai creditori ipotecari il prevalersi del diritto accordato dall' art. 1032. E con maggiore facilità poteva ciò accadere di fronte al nostro Codice, che fu fedele ai due gran principii, che resero il nostro regime ipotecario uno dei più perfetti. Col non ammettere ipoteche generali si poteva andare incontro al non lieve inconveniente di vedere preferito il creditore chirografario, che aveva domandata la separazione e che dal suo debitore non aveva chiesta nessuna garanzia a quello che più cauto si era fatto dare un' ipoteca su un immobile, che erronea-

[1] Che tale fosse l'opinione di alcuni lo rilevo dal Dollinger: op. cit. pag. 25 e dal Dufresne che si fondano sul Pothier: Des Successions, cap. V, art. 4.°; Basnage: Des Hypothèques, 2.ª part., chap. XIII; D'Héricourt: De la vente des immeubles, cap. 2.°, sez. 2.ª, n.° 11; Legrand: sur l'art. 83 Coutume de Troyes, gl. 3, n.° 16.

mente aveva creduto sufficiente a garantire il suo credito. Del resto anche senza l'art. 2054, che volle togliere soltanto ogni dubbio possibile, di fronte all'art. 1032, si avrebbe potuto sostenere, come di fronte all'art. 878 del Codice Napoleone fecero i suoi commentatori [1], che la separazione dei patrimoni spettasse pure ai creditori ipotecari. Infatti è detto semplicemente *creditori dell'eredità* e sebbene il Dufresne [2] osservi, che questo benefizio ebbe in mira di favorire specialmente i creditori *chirografari*, tuttavia non è escluso, che se ne possano approfittare coloro, che hanno già un'altra garantia sui beni del defunto; tale espressione potrebbe essere presa nel senso suo più lato e comprendere ogni specie di creditori, anche quelli garantiti da fideiussione, pegno, ipoteca od anche privilegio.

L'art. 2055 determina precisamente lo scopo della separazione dei patrimoni. Questo benefizio ha per oggetto il soddisfacimento col *patrimonio del defunto* dei creditori di lui e dei legatari, che l'hanno domandato, preferibilmente ai creditori dell'erede. Col *patrimonio del defunto* è detto, e con questa espressione, siccome per l'art. 1948: « chiunque sia

[1] Il Toullier-Duvergier: vol. 2, disp. 2.ª, 2.ª parte, pag. 346, n.° 539, op. cit. diceva: « Ce droit est indépendant de l'hypothèque (2111). C'est la simple qualité de créancier du défunt qui le donne ». Concordano pure il Mourlon: op. cit. t. 2, §. 465; Duranton: op. cit. t. 4, pag. 221; Dollinger: op. cit. n.° 47, pag. 42 e 43; Masson: op. cit. pag. 17, n.° 13; Barafort: op. cit. pag. 39, n.° 18; Demolombe: op. cit. t. V, n.° 107.

[2] Dufresne: op. cit. n.° 11.

6

« obbligato personalmente è tenuto ad adempiere le « contratte obbligazioni con tutti i suoi beni mobili ed « immobili, presenti e futuri » si comprendono tutti i beni del defunto, corporali o incorporali, perfino i debiti dell'erede verso il *de cujus*, che altrimenti coll'accettazione pura e semplice dell'eredità si sarebbero confusi. Da ciò deriva, che la separazione spettando ai creditori del defunto rispetto a tutti i beni di lui, essi per conseguenza potranno domandare la separazione anco rispetto ai beni del legatario [1]. Diceva bene infatti il Lebrun [2]: « Tout le titre de « la séparation comprend toutes les sortes de biens ». Si fa però eccezione per le somme pagate per riparazioni civili dall'omicida del *de cujus* e per quei beni soggetti a collazione [3], ciò perchè per l'art. 1014, salvo espressa disposizione del testatore, la collazione non è dovuta, nè ai creditori ereditari, nè ai legatari, e inoltre dietro la considerazione, che quei beni in realtà sono usciti dal patrimonio del defunto durante la sua vita.

Disputavasi dai Commentatori francesi, se i frutti civili e naturali dei beni ereditari dovessero decorrere dalla domanda della separazione, ovvero dalla morte del defunto, e sebbene molti ritenessero, che ciò do-

(1) Raccolta Bertini, Torino 1858, X, 2, 554.

(2) Lebrun: op. cit. lib. IV. cap. 2, sez. 1, n.° 24.

(3) Il Toullier-Duvergier: luog. cit. in una nota avverte, che con maggior ragione anche non si estenderà la separazione a quei beni, che sono stati immaginariamente compresi nella successione per il calcolo della quota disponibile.

vesse accadere soltanto dalla domanda, (1) col Mazzoni (2) io riterrei invece l'opinione contraria, poichè non vale la ragione addotta che colla percezione i frutti si confondano con i beni dell'erede; ciò mentre è vero talvolta, non si verifica poi sempre necessariamente e perciò ritengo giusta la massima: *fructus augent hereditatem.*

L'art. 2056 dice: « I creditori e i legatari che « avessero fatta novazione accettando l'erede per « debitore, non hanno diritto alla separazione » ciò vuol dire che non solo non potranno più chiederla, ma neppure approfittarsene, se i concreditori l'avessero chiesta. Essi ormai hanno riconosciuto tacitamente l'erede per debitore e si dovranno annoverare tra i suoi creditori. Concordi sono i commentatori francesi (3) nel sostenere rispetto all'art. 879, che qui si

(1) Di quest' opinione sono il Grénier: Hypoth. t. 2, n.° 436; Dollinger: op. cit. n.° 71, p. 87; Merlin alla parola: *Séparation des Patrimoines* §. 4, n.° 3 che riporta nel suo *Répertoire* un giudicato del Parlamento di Parigi 16 Febb. 1694, il quale si trova nel *Dictionnaire des Arrêts de Brillon* alla parola: *Séparation des Patrimoines;* Zachariae: op. cit., t. 2, pag. 332; Dalloz: op. cit. alla parola: *Succession,* cap. 7, sez. 2.ª art. 3, n.° 1502. — Vedi contra Lebrun: op. cit. lib. 4, cap. 2, sez. 1.ª n.° 24; Dufresne: op. cit. n.° 118; Demolombe: op. cit. t. V, tit. XXIII, n.° 132; Masson: op. cit. n.° 60, pag. 85; Barafort: op. cit. n.° 187, pag. 200 e seg.; Mourlon: Répétitions écrites ecc. t. 2, §. 471 e Massé e Vergé sur Zachariae. che nel t. 2, pag. 332, in una nota distinguerebbero, secondo che i frutti sono o no nelle mani dell'erede.

(2) Mazzoni: Ist. di D. Civ. It., 5.° volume, parte 3.ª n.° 314, pag. 313.

(3) Mourlon: Répétitions écrites ecc. t. 2, pag. 222; Duranton: op. cit. t. 4, §. 494; Toullier-Duvergier: op. cit. t. 2, sull'art. 879; Chabot de l'Allier: Success. cap. VI, Art. 879, n.° 2, pag. 560 e giudicato del 12 Dec. 1814 della Corte di Parigi da lui riportato.

tratta di una novazione *sui generis* [1]. Infatti non accade novazione in nessuno dei tre modi dell' articolo 1267. L'oggetto rimane lo stesso e così pure il creditore; e a rigor di diritto neppure il debitore cambia, continuando l'erede la personalità del defunto [2]. La novazione di cui qui si tratta, consta semplicemente di un atto compiuto o assieme all'erede, ovvero anche diretto contro di lui, in forza del quale apparisca di volerlo trattare come successore del *de cujus,* e non come semplice amministratore dell'eredità [3]. Non si possono *a priori* precisare tutti gli atti compiuti dal creditore ereditario, [4] dai quali si potrà indurre un tacito riconoscimento dell'erede per debitore; è questa, come bene dice il Marcadé, una *questione di fatto*

(1) Anche il Cattaneo-Borda: Codice Civile Italiano Annotato, fascic. 26, pag. 1659 dice che quel termine qui si reputa adoperato *secondo la materia soggetta,* cioè sotto il solo rapporto della conservazione, oppure della perdita del diritto di domandare la separazione dei patrimoni.

(2) Il Marcadé: op. cit. t. 3, pag. 280 riconosce egli pure in una nota, che in questo caso in un senso assoluto non si può dire che vi sia novazione, ma che relativamente ai principii della separazione si può vedervi una novazione, pel cambiameuto del debitore. Infatti, dice, si tratta di un creditore che può restare del *defunto,* della *successione* e che consente a diventarlo invece dell'*erede.* Poichè prende per debitore l'*erede,* mentre potrebbe conservare per debitore la *successione* diventa vero il dire, che v'è novazione per il cambiamento del *debitore.*

(3) Mourlon: Répétitions écrites ecc. t. 2, pag. 223; Duranton: op. cit. t. IV, §. 497.

(4) Il Dollinger: op. cit. al n.° 74, pag. 89 nota che a far perdere al legatario nel Cod. Napoleone il diritto all'ipoteca legale dell'art. 1017 non basta la novazione nel senso dell'art. 879, ma deve aver fatta una novazione nel senso dell'art. 1278 senza espressa riserva di quest'ipoteca.

da risolvere dai tribunali [1]. Così non vi sarà novazione nel termine a pagare accordato dal creditore all'erede, mentre invece si considera averlo tacitamente voluto accettare per debitore, qualora si pretendessero da lui o gl'interessi del debito, o una fideiussione o una cauzione qualunque.

L'art. 2056 assume un interesse speciale, quando si pensi, che il suo articolo corrispondente l'879 servì d'appiglio ai fautori della dottrina di Paolo e Ulpiano per sostenere, che il Codice Napoleone aveva accolto il loro sistema nei rapporti, che risultano tra i creditori del defunto e quelli dell'erede una volta chiesta la separazione. Dal vedere come in conformità di quell'articolo, il benefizio non poteva più esercitarsi dal creditore del defunto, che aveva accettato l'erede per debitore, dedussero, che i creditori ereditari non hanno azione sui beni dell'erede perchè hanno cessato di aver l'erede per debitore, chiedendo la separazione. Infatti chi agisce sui beni particolari dell'erede, lo considera come suo debitore necessariamente, sicchè si deve intendere che abbia rinunziato alla separazione e deve perfino restituire ai creditori particolari dell'erede ciò che riscosse a loro esclusione sui beni del defunto.

Tale deduzione se non è convincente, non è però

[1] A questo proposito si potrà consultare utilmente il Dalloz: luogo cit. art. 3 dal n.° 1420 al n.° 1439, dove riporta una quantità di giudicati, che in certi casi hanno ritenuta l'esistenza della novazione, mentre in altri l'hanno negata.

da respingersi senz' altro, chè anzi, sebbene i sostenitori della dottrina di Paolo e Ulpiano non abbiano altro appiglio per farla valere di fronte al Codice Napoleone e al nostro, essa potrebbe forse lasciarci dubbiosi circa le intenzioni del legislatore francese e italiano, se il Demolombe (1) non ci desse la ragione storica, che fece introdurre l'art. 879. L'ammaestramento in esso contenuto, che non si potesse più chiedere la separazione da quei creditori, che avevano fatta una novazione era stato dato da Ulpiano (l. 1, §. 10, Dig. De Sep.) coerentemente ai suoi principii, che colui, che chiede la separazione rinunzia ad avere l'erede tuttora obbligato. Gli antichi autori, interpretando erroneamente, a parer mio, la l. 3, §. 2, Dig. De Sep. di Papiniano vennero a sostenere, che la separazione non fosse altro che un *diritto di preferenza* tra i creditori e che l'erede continuasse a ritenersi sempre come obbligato in virtù della primitiva sua accettazione pura e semplice, ma ciononostante *chose remarquable!* come dice il Demolombe, accolsero l'ammaestramento della l. 1, §. 10, Dig. De Sep. Il legislatore francese e l'italiano che su quello si modellò sarebbero essi pure incorsi in una contraddizione, se adottando il principio, che chi domanda la separazione non rinunzia per questo ad avere l'erede per debitore avessero voluto riprodurre l'ammaestramento di Ulpiano contenuto nell'art. 879 col primitivo suo signi-

(1) Demolombe: op. cit. tom. V, cap. VI, n.° 155.

ficato. Ma mi associo al Demolombe, quando dice che l'art. 879 regola: « *les conditions de l'exercice du* « *droit; il ne règle pas les effets du droit exer-* « *cé* (1) ». Esso non implicherebbe, che il creditore ereditario o il legatario, dopo aver esercitato il diritto della separazione dei patrimoni, non conservi più l'erede per debitore; ma si dovrebbe intendere nel senso, che questo benefizio si deve far valere *rebus integris,* cioè *avanti* che il creditore del defunto o il legatario sia incorso nella perdita del diritto di chiederlo per avere riconosciuto l'erede per debitore. Non verrebbe dunque l'art. 879 e il corrispondente 2056 a far ritenere, che la separazione dei patrimoni accordata ai creditori ereditari e legatari dovesse essere *retorquée contre eux* come dice il Pothier, ma richiederebbe, che naturalmente essi non avessero persa quella *qualità di creditori del defunto,* che dà loro appunto la facoltà di chiedere la separazione, e non potrebbero più domandarla, quando fossero rimasti indifferenti spettatori della confusione dei patrimoni durante tutto il tempo concesso loro per opporsi; in tal caso avrebbero perso il diritto, *accettando l'erede per debitore.*

E a confermarmi nella mia opinione, che la massima contenuta nell'art. 879 del Cod. Napoleone e nel 2056 del Cod. Civ. Italiano non debba più essere intesa nel significato, che doveva attribuirle

(1) Demolombe: op. cit. tit. 1, n.° 220.

Ulpiano, e che quei due Codici moderni hanno abbandonato il principio non pacificamente accolto neppure in Roma, che chi domanda la separazione rinunzia per questo fatto solo ad avere l'erede per debitore, varranno le seguenti considerazioni:

1.° Chi domanda la separazione intende semplicemente di conservare i diritti che in virtù della accettazione pura e semplice della successione per parte dell'erede ha già acquistati. Ora se si accoglie il primo sistema si potrà invece giungere talvolta al risultato opposto, come ho tentato di dimostrare nel terzo capitolo, sicchè non si potrebbe più con ragione sostenere come il Duranton, che la separazione del patrimonio è sempre *toute dans l'intêret des créanciers du défunt.*

2.° L'erede che accetta puramente e semplicemente, *se contrahere videtur*, si obbliga personalmente verso i creditori del defunto e i legatari anche *ultra vires emolumenti*, e obbligato sempre si dovrà ritenere che rimanga, ancorchè i creditori ereditari o i legatari chiedano la separazione, non essendo detto espressamente in nessun articolo, sia del Codice Napoleone, sia del Codice Civile Italiano, essere effetto della separazione il liberare l'erede dall'obbligo di soddisfare tutti gli oneri ereditari, assieme ai suoi, con tutti i suoi beni personali [1]. Nè potersi una massima così importante, quando non è stata espressa in nessun luogo sostenersi tuttavia

[1] GRÉNIER: Hypoth. n.° 437; CHABOT de l'ALLIER: Successions t. 2, cap. VI, n.° 13.

soltanto per via di deduzione, desumendola indirettamente dall'art. 879.

Rigettato il primo sistema, a dar piena risposta alle due questioni, che mi proponeva al terminare del terzo capitolo, non mi rimane che a vedere, se è stata data la preferenza al secondo o al terzo sistema, e sebbene un'autorevole minoranza ritenga che il legislatore francese non volle che coloro, che avessero chiesta la separazione e non fossero stati completamente soddisfatti potessero venire sui beni dell'erede, se non dopo pagati i suoi creditori personali, io invece mi associerò alla maggior parte dei commentatori francesi (1) e mi sforzerò di dimostrare, che non solo il Codice Napoleone, ma anche il nostro hanno seguito il terzo sistema. Innanzi a tutto però debbo deplorare, che nè il Codice Napoleone, nè l'Italiano, che pur risolse in questa materia parecchie questioni controvertite, non siano venuti a togliere di mezzo ogni dubbio e a pronunziarsi in un modo chiaro e netto per uno dei tre sistemi.

Ora continuando a procedere per via di esclusione, credo, che se giungerò a dimostrare, come il secondo sistema non sia sostenibile di fronte al Codice Napoleone e al nostro, sarò riuscito nel mio intento.

Tre sono le ragioni principali addotte dalla maggior parte dei Commentatori francesi (2) per respingere il secondo sistema di fronte al Codice Napoleone:

(1) Vedi gli autori già da me citati nel capitolo terzo, pag. 21, nota.

(2) Chabot de l'Allier: op. cit. t. 2.° cap. VI, n.° 13, pag. 556; Demolombe: op. cit. n.° 220; Dalloz: loog. cit. §. 3, n.° 1496.

1.° Perchè non si trova detto espressamente in nessun articolo, che il creditore del defunto, parificato dall'accettazione pura e semplice per parte dell' erede ai suoi creditori personali, venga col chiedere la separazione ad accordare ai creditori dell'erede il diritto di essere soddisfatti in precedenza e porre così una nuova deroga a quel principio fondamentale ([1]), che tutti i beni del debitore sono la garantia comune dei suoi creditori.

2.° Perchè non si può sostenere questa specie di privilegio dei creditori dell' erede, sebbene non sia espresso ([2]), come derivante tuttavia per *reciprocità* dal benefizio stesso della separazione dei patrimoni. Infatti, come aveva già osservato ([3]), questa reciprocità non si potrebbe certo dire fondata su ragioni di equità, ma sarebbe assolutamente ingiusta ed arbitraria, poichè verrebbe a ledere dei diritti già acquisiti dai creditori ereditari, accordando ai creditori dell'erede il diritto di soddisfarsi in precedenza su quei beni sui quali pell'accettazione pura e semplice dell'eredità, altri aveva acquistato uguali diritti.

([1]) Art. 2092 e 2093, ai quali corrispondono gli art. 1948 e 1949 del Cod. Civ. Italiano.

([2]) Anzi il Cod. Nap. viene espressamente a negare coll'art. 881 ai creditori dell'erede il diritto di chiedere la separazione, ciò che dinota quanto poco in questa occasione intendesse favorire i creditori dell'erede, perchè se avesse accordata ai creditori dell'erede in caso di ricorso dei creditori del *de cujus* che si erano ingannati nel chiedere la separazione di potersi in precedenza soddisfare sui beni lasciati, probabilmente avrebbe ad essi pure permesso di chiedere la separazione.

([3]) Vedi il terzo capitolo della mia Tesi verso la fine.

3.° Perchè se si volesse accordare ciononostante quel favore speciale ai creditori dell'erede, bisognerebbe fare delle distinzioni difficili ([1]), secondo che si tratta di creditori dell'erede, che datano da prima dell'apertura della successione ovvero da dopo, per accordare questo diritto naturalmente a quelli soltanto, che hanno contrattato coll'erede prima della accettazione. Da ciò deriverebbe, che alcuni creditori dell'erede senza essersi precedentemente assicurata una speciale garanzia dovessero essere preferiti agli altri concreditori, soltanto perchè anteriori in data, motivo non sufficiente per accordare un privilegio.

Oltre queste tre ragioni convincenti, il presidente Nicias Gaillard ([2]) fa giustamente osservare, come ad accogliere il secondo sistema, il Marcadé sia forse stato indotto dall'espressione stessa di *separazione dei patrimoni*, suscettiva di erronea interpretazione potendosi prestare a far ritenere, che come si considerano due patrimoni distinti, così parimenti si ammettano due debitori; ma due debitori in realtà non si possono considerare. La distinzione della personalità del defunto da quella dell'erede, resultante dalla separazione dei patrimoni è soltanto una finzione, dice il Gaillard, poichè chi più non esiste, non può essere nè debitore nè creditore. Di lui non rimane

([1]) Come coerentemente ai loro principii dovettero fare gli scrittori antichi.

([2]) Nicias Gaillard: Revue critique de législation Mars 1856; esso è uno dei più validi sostenitori del terzo sistema.

che il suo erede, che lo rappresenta e continua; è l'erede soltanto che può dovere ed infatti deve a tutti i creditori ed anche sui beni suoi, se ha accettato puramente.

Questi validi argomenti, credo si possano riprodurre di fronte al nostro Codice Italiano per far dare la preferenza al sistema, che vuole, che i creditori ereditari, che non furono soddisfatti possano, dopo chiesta la separazione, concorrere tuttavia assieme ai creditori dell' erede sui suoi beni personali, rispettando, s' intende, le cause di prelazione tanto degli uni che degli altri e dando sempre la preferenza alle ipoteche anteriori in data. E osserverò per di più come di fronte al nostro Codice Civile il secondo sistema sia ancor meno sostenibile, che rispetto al Codice Napoleone. Non copiò il nostro legislatore gli articoli relativi alla separazione dei patrimoni dal Pothier, sicchè il Marcadé (1) non potrebbe sostenere rispetto a noi, come fece rispetto al Codice Napoleone, che per essere stati presi gli art. 878 e 881 dal Pothier, seguace del secondo sistema, il legislatore francese si fosse inteso di riferirsi a quello riguardo a tutto ciò che avea taciuto. Anzi il nostro Codice coll'art. 2062 ben mostrò quanto volesse favorire i creditori ereditari ed i legatari e rigettare il secondo sistema, quello del Pothier e dell'antica Giurisprudenza Francese, che considerava il benefizio della separazione dei patri-

(1) Marcadé: op. cit. t. 3. n.° 407.

moni, come un semplice *diritto di preferenza* tra i creditori non sufficiente a modificare gli effetti dell'accettazione ereditaria e mancante del carattere di diritto reale.

Ma vengono forse qnei pochi commentatori del nostro Titolo XXIV, che tratta della Separazione del patrimonio del defunto da quello dell' erede a suffragare la mia opinione? Chi [1], seguendo in questo il deplorevole esempio datoci dal nostro legislatore ha conservato su questo punto importantissimo un biasimevole silenzio e chi [2] si è contentato di esporre semplicemente la questione; il solo Borsari [3], tacendo del Righini [4] che per incidenza sembra tuttavia accogliere l'opinione da me sostenuta, dopo aver confessato, che non è sua intenzione di approfondire questo tema, sembrerebbe tuttavia disposto ad accogliere anche di fronte al nostro Codice, il principio, che una volta chiesta la separazione dei patrimoni, il creditore ereditario o il legatario non soddisfatto non potrebbe più ritornare sui beni dell' erede. Non starò io ora a combattere novamente questo primo sistema, sul quale già molto mi diffusi, soltanto aggiungerò due osservazioni: 1.° Che ha torto il Borsari, quando sembra ritenere, che questo sistema soltanto

(1) Mazzoni: op. cit. pag. 311, vol. 5. n.° 313 e seg.

(2) Cattaneo-Borda: Codice Civile Italiano Annotato fascicolo 26, pag. 1661, n. 11.

(3) Borsari: Cod. di Proc. Civ. Annot. pag. 966, n.° 4.

(4) Righini: op. cit. pag. 124 e 125.

derivi dalle pure sorgenti del Diritto Romano, poichè, come ho già dimostrato, mentre era insegnato da Paolo e Ulpiano, non era seguìto da Papiniano ed altri della sua opinione. 2.° Che non è sostenibile di fronte al nostro Codice, non solo per le ragioni già addotte, ma dietro un'altra considerazione speciale. La separazione secondo questo sistema produrrebbe un fenomeno rimarchevole, come avverte lo stesso Borsari, l'erede quantunque puro sarebbe ridotto a tutto suo vantaggio alla condizione di erede beneficiario e questo certo non mi sembra, che sarebbe consentaneo al principio contenuto nell'art. 2058. Come l'accettazione dell'eredità con benefizio d'inventario non produce la separazione dei patrimoni a favore dei creditori e dei legatari, così la separazione dei patrimoni impetrata da questi non dovrebbe far godere all'erede gli stessi vantaggi, che se avesse chiesto il benefizio d'inventario.

L'art. 2057 dice che: « il diritto alla separazione « non può esercitarsi che nel termine perentorio di « tre mesi dal giorno dell'aperta successione ». Ancorchè non si sia fatto nessun atto, dal quale esplicitamente o implicitamente si possa dedurre l'intenzione del creditore ereditario di voler rinunziare al diritto di chiedere la separazione, tuttavia, se si sono lasciati scorrere tre mesi dalla apertura della successione cesserà il diritto di prevalersi di questo benefizio. Questa disposizione è giustissima, come quella che si basa su una presunta confusione dei patrimoni ed è

intesa ad ovviare ad alcune delle difficoltà, alle quali altrimenti si sarebbe andati incontro, non meno che a mitigare i dannosi effetti, che potrebbero resultare dalla separazione dei patrimoni per i terzi acquirenti di immobili ereditari, che sebbene avessero trascritto il loro titolo d'acquisto, potrebbero in forza dell'articolo 2062 essere lesi nei loro diritti.

Bene fece poi il nostro Codice, accogliendo il principio dell'art. 2062, a non conservare la troppo lunga prescrizione di 5 anni (l. 1, §.13 Dig. De Sep.) e a restringerla a tre mesi soltanto nell'interesse della pubblicità del sistema ipotecario. (1) Anche in questo il legislatore italiano non seguì il francese, che dalla distinzione, che fece all'art. 880 si riconosce esitante tra il ritornare al Diritto Romano o seguire l'antico Diritto Francese, che, come si rileva dal Chabot, (2) permetteva ai creditori ereditari di chiedere la separazione, fintantochè i beni della successione potevano distinguersi da quelli dell'erede. (3) Il nostro art. 2057 non distinse tra beni mobili e immobili, (4)

(1) Vedi Relazione Pisanelli pag. 93 e Relazione Vacca pag. 61.

(2) Chabot de l'Allier: op. cit. t. 2, cap. VI art. 880, n.° 1.

(3) Che non si riconoscesse nessuna prescrizione della separazione dei patrimoni nell'antico D. Francese, salvo nei paesi di Droit Ecrit, si rileva dal Domat: op. cit. t. 4. sez. 2, pag. 14, ove dice che la prescrizione di cinque anni del D. Romano non si può annoverare tra le cause, che fanno cessare il diritto di chiedere la separazione dei patrimoni: « car cette prescription « n'est pas de notre usage ».

(4) Il nostro Codice venne dunque in questo punto a semplificare la materia, facendo cessare alcune delle controversie, che si agitano nella giurisprudenza francese, specialmente circa a sapere se il prezzo, retratto dalla

ordinando che il diritto a chiedere la separazione dovesse prescriversi col decorso di tre anni se si trattava dei primi, mentre al contrario, trattandosi dei secondi, potesse chiedersi, finchè si trovavano nelle mani dell'erede, (1). il nostro legislatore dispose invece, che in ogni caso dopo tre mesi non si facesse più luogo a questo benefizio. Questo termine è *perentorio*, (2) cioè non ammette dilazione alcuna, (3) e comincia a decorrere dal giorno della aperta successione, computandosi però il termine di tre mesi a norma del calendario Gregoriano e non già a tenore dell'art. 2133 del Cod. Civ. come fu ritenuto dalla nostra Giurisprudenza italiana (4). Si deve notare in questo punto la differenza col D. Romano, ove la prescrizione comincia a decorrere *ab adita hereditate*, mentre il nostro Codice invece, uniformandosi all'insegnamento della maggior parte dei

vendita di un immobile dovesse o no prescriversi col decorso di tre anni, secondo che se lo considera tuttavia o come mobile o come immobile (DALLOZ: luog. cit. n.° 1464).

(1) Pell'art. 880 del Cod. Nap. la separazione può essere chiesta finchè gl'immobili si trovano nelle mani dell'erede, avendo però l'azione il limite delle azioni reali, 30 anni (2262), come sosteneva il TOULLIER-DUVERGIER in una nota t. 2, parte 2.ª, pag. 348 e come ritenne la Corte di Cassazione con un giudicato del 3 Marzo 1835 (DALLOZ: luog. cit. §. 2, n.° 1451). Confrontare pure il MASSON: op. cit. n.° 47 circa agli inconvenienti che potrebbero derivare ammettendo sempre pacificamente la prescrizione di 30 anni.

(2) Di termini perentori nel nostro Codice ne abbiamo parecchi esempi, vedi infatti gli art. 1517, 2047, 1962, 2133, 2062 ecc.

(3) Il DURANTON: op. cit. t. IV, §. 481 e il MAZZONI: op. cit. n.° 315, p. 313 enumerano alcuni casi, che sembrerebbero meritevoli di special riguardo e nei quali tuttavia per esser trascorso il termine prescrizionale, non è più lecito di chiedere la separazione.

(4) Annali di Giurisprudenza italiana, 1869, II, pag. 488.

giureconsulti francesi, (1) vuole che i tre mesi si debbano computare con effetto retroattivo però, dal giorno della apertura della successione, dietro la considerazione che altrimenti nel maggior numero dei casi, la separazione sarebbe riuscita inutile. (2) E la ragione di ciò stà nel principio, che la prescrizione comincia a correre dal giorno in cui l'azione può essere esercitata, e esercitata potrà essere dal momento dell'apertura della successione, poichè è da quel momento che l'erede: « est saisi par la loi de tous les biens de « l'hérédité et que d'ailleurs en vertu de l'art. 777 « l'effet de l'acceptation remonte au jour de l'ouver-« ture de la succession. » (3) Da quest'ultima considerazione si rileva, come in sostanza allo stesso resultato si verrebbe, qualora si fosse fatta decorrere la prescrizione dall'accettazione dell'eredità, ma fu più giusto il dire dalla aperta successione.

Il Titolo De Separationibus annoverava tra le circostanze, che venivano in D. Romano a far cessare il diritto a chiedere la separazione, la *confusione* (l. 1, §. 12, Dig. De Sep.). Il nostro Codice, come il Codice Napoleone, non contengono in proposito nessun articolo, ma tuttavia non deve neppure sorgere il dubbio circa a ritenere, che necessariamente quando sarà avvenuta la confusione tra i beni ereditari e quelli

(1) Vedi Demolombe: op. cit. n.° 173; Toullier-Duvergier: op. cit. in una nota alla pag. 347.

(2) Vedi Relazione Pisanelli pag. 93; principio troppo benigno come mi sforzérò di dimostrare commentando l'art. 2062.

(3) Chabot de l'Allier: Successions, t. 2, cap. VI, art. 880, n.° 3.

dell'erede non si possa più chiedere la separazione. Tale opinione si può sostenere infatti, non solo di fronte ai principii di ragione, ma anche rispetto agli articoli 880 del C. Nap. e 2057 del nostro Codice che, come ho avvertito, riposano specialmente su una presunta confusione. E tale opinione fu concordemente accolta anche dalla Giurisprudenza, (1) per cui si ritenne, che ad evitare la confusione potesse il creditore del defunto o il legatario costringere l'erede ad inventariare i bene ereditari, sebbene si ottenesse lo stesso effetto anche quando fossero sigillati o tra le mani di un sequestratario o di un depositario (2).

L'art. 2058 ci mostra sempre più l'assurdità di coloro, che osarono sostenere che per l'introduzione del benefizio d'inventario dovesse considerarsi come abrogato il benefizio della separazione dei patrimoni. (3) L'avere l'erede accettatata l'eredità con benefizio d'inventario non implica per questo, che i creditori ereditari, che vogliono prevalersi del diritto di separare il patrimonio del defunto da quello dell'erede, non siano costretti a chiedere questo benefizio ed a uniformarsi a tutte le altre disposizioni contenute nel Titoto XXIV.

Quest' art. 2058 fu copiato dal Codice Parmense

(1) Vedi giudicato della Cassazione francese dell'8 Nov. 1815 nella causa Besse, riportato dal DALLOZ: luog. cit., art. 3, n.° 1443.

(2) DURANTON: op. cit., t. IV, n.° 485.

(3) Sostennero questa opinione alcuni pratici del 16.° Secolo, che furono vittoriosamente combattuti dal Fabro.

del 1820 e dal Motuproprio Toscano del 1836. [1] Esso venne a dirimere un' importante controversia che si agitava in Francia, ove da alcuni [2] si sosteneva, che accettando l'erede con benefizio d'inventario l'eredità, la separazione si dovesse intendere accordata senz'altro, *ipso jure, de plein droit*, ai creditori ereditari, senza che vi fosse stato bisogno di chiederla, *beneficio inventarii, beneficium separationis ipso jure inest*, e inoltre perfino volevasi che anche decadendo l'erede dal benefizio d'inventario, la separazione continuasse sempre a sussistere rispetto ai creditori ereditari ed ai legatari. Il nostro Codice fece bene ad accogliere l'opinione contraria, poichè ammettendosi perfino, che col chiedere il benefizio d'inventario si venga ad accordare la separazione ai

[1] Come bene osservò il RIGHINI: op. cit., pag. 63, mentre erroneamente nel CATTANEO-BORDA: op. cit. era stato detto rispetto all'art. 2058, che nei Codici Italiani già vigenti non rinvenivasi una disposizione legislativa pari a quella di quest'articolo.

[2] Vedi il DEMOLOMBE: op. cit., tit. XV, n.° 171 e 172 e gli autori da lui citati, intorno alle tre opinioni, che si agitavano su questa questione e circa a quella da lui sostenuta di fronte al C. Napoleone. Il TOULLIER-DUVERGIER per esempio in una nota del 2.° t. (ant. 4), 2.ª parte, pag. 347 e seg., riportando parecchie decisioni di tribunali dice, che la separazione ha luogo *di diritto*, quando la successione è vacante o è stata accettata con benefizio d'inventario e *continua a sussistere* quand'anche l'erede *beneficiario diventerebbe puro e semplice.* E tale è pure l'opinione del BLONDEAU: op. cit., pag. 508 e del DOLLINGER: op. cit., n.° 117, mentre il MARCADÉ: op. cit., t. 3, n.° 401, pag. 286 riconosce che delusi nelle loro speranze potrebbero essere i creditori ereditari, qualora l'erede venisse a decadere dal benefizio d'inventario, e così pure la pensano il DURANTON: op. cit., n.° 218, il PONT: op. cit., n.° 301 e lo ZACHARIAE, mentre i suoi annotatori MASSÉ e VERGÉ: op. cit. farebbero alla nota 35 una distinzione.

creditori ereditari, questi tuttavia non sarebbero stati abbastanza cautelati, non potendosi ragionevolmente sostenere, che anche nel caso in cui l'erede non risentirà nessun vantaggio dall'aver chiesto il benefizio d'inventario per esserne decaduto, debba tuttavia il creditore ereditario o il legatario migliorare la sua condizione come se avesse chiesta la separazione. Tale era pure l'opinione del ministro Pisanelli, (1) come si rileva dalle ragioni da lui addotte per giustificare l'articolo 2058. Infatti egli osserva, come il benefizio d'inventario non abbia effetti definitivi, poichè l'erede può col fatto proprio decadere dal medesimo e negli stessi modi e negli stessi casi, i creditori ereditari ed i legatari perderebbero la guarentigia della separazione. E inoltre avverte pure il Pisanelli a questo proposito, come il benefizio d'inventario operi più particolarmente nei rapporti di obbligazione personale dell'erede verso i creditori dell'eredità ed i legatari, anzichè nei rapporti dei terzi aventi causa dall'erede che acquistassero diritti sui beni ereditari.

I fatti, che fanno perdere all'erede i vantaggi, che doveva risentire dall'accettazione beneficiaria sono nel nostro Codice contemplati agli articoli: 973, 974 e 967.

Sebbene non sia detto espressamente, tuttavia per analogia si potrà indurre dallo stesso art. 2058 che anche trattandosi di una *eredità giacente* o *vacante*,

(1) Relazione Pisanelli pag. 94.

non siano i creditori del defunto ed i legatari, che intendono valersi del diritto di separazione, dispensati dall'osservanza delle disposizioni speciali, che riguardano questa materia. [1]

Gli articoli 2059 e 2060, che meglio forse sarebbero stati collocati nel Codice di Procedura Civile, completano gli articoli 2055 e 2057.

L'art. 2055 uniformandosi ai principii del Diritto Romano, seguiti dal Codice Napoleone all'art. 878 [2] e contrariamente alla dottrina dell'antico Diritto Francese [3] aveva stabilito che la separazione dei patrimoni, perfino nel caso che i patrimoni fossero già distinti in seguito all'accettazione beneficiaria dell'eredità, come abbiamo già visto all'art. 2058, non fosse de *plein droit, ipso jure* ma dovesse sempre chiedersi. [4] L'art. 2057 aveva poi limitato a tre mesi dall'apertura della successione il tempo utile per esercitare la separazione. Gli articoli 2059 e 2060 finalmente sono venuti a regolare l'esercizio di queste benefizio che può venire proposto contro l'erede, sia *agendo,* sia *excipiendo* e

(1) Cattaneo-Borda: op. cit., fascic. 26, pag. 1660, n.° 3.

(2) Tuttavia il Demolombe: op. cit., tit. XVII, n.° 139 e il Dollinger: op. cit., n.° 106, sostengono argomentando dal silenzio del Codice di Procedura Civile e dal Codice Civile Francese, che nonostante le espressioni di *domanda della separazione* contenute negli articoli, che trattano di questa materia non sia richiesta nessuna domanda giudiziale dal Cod. Napoleone e che la separazione sia *de plein droit,* mentre il Dufresne: op. cit., cap. 2, n.° 34, cedendo alla chiara espressione dell'art. 778, dopo aver sostenuto esso pure, che la separazione fosse *de plein droit,* dice però che deve essere chiesta.

(3) Vedi mia Tesi capitolo II, nota 3.ª nella pag. 13.

(4) Borsari: op. cit., pag. 967, art. 901, n.° 2.

incidentemente ad ogni domanda in collocazione sul prezzo dei beni e cose ereditarie [1] ed anche in appello, come fu ritenuto dalla giurisprudenza. [2]

Questi due articoli regolano in un modo diverso l'esercizio della separazione dei patrimoni, secondo che si tratta di beni mobili o immobili. Soltanto da questa distinzione, mi sembra che si possa inferire, come non sia necessario, che l'azione di separazione dei patrimoni comprenda la totalità dei beni mobili e immobili; essa può essere diretta o sui primi o sui secondi e perfino su alcuni di essi soltanto e contro tutti o uno solo tra più coeredi.

La separazione in una parola non ha conservato per il nostro Codice il carattere d'un provvedimento *collettivo* e *generale, comunis cautio,* come in Diritto Romano e come la stessa parola *separazione dei patrimoni* si presterebbe forse a far credere, ma a differenza del benefizio d'inventario è secondo l'insegnamento dei francesi [3] *individuale* e particolare, quanto alle persone e quanto ai beni.

L'art. 2059 dice che il diritto alla separazione riguardo ai mobili si esercita col farne la domanda giudiziale. Questa domanda, come si rileva dal-

(1) Vedi Cattaneo-Borda: op. cit., fascic. 26, pag. 1659, n.° 4 con gli autori da lui citati e col Demolombe: op. cit., tit. XVII, n.° 136 e Toullier-Duvergier: luog. cit., pag. 346, nota.

(2) Vedi giudicati in questo senso riportati in una nota della pag. 347 dell'op. cit. del Toullier-Duvergier.

(3) Chabot de l'Allier: op. cit., t. 2, art. 880, pag. 563; Duranton: op. cit., t. IV, pag. 220; Barafort: op. cit., n.° 6, pag. 12.

l'art. 900 del Codice di Procedura Civile dovrà essere proposta « contro l'erede o altro rappresentante « legittimo dell'eredità, [1] davanti il Pretore del « mandamento in cui si aprì la successione, se il « valore dei mobili non ecceda lire millecinquecento « e, se ecceda, davanti il Tribunale Civile con cita-« zione in via sommaria. » E aggiunge l'art. 901 che: « l'autorità giudiziaria, che pronunzia la sepa-« razione, ordina l' inventario dei beni mobili se non « sia ancor fatto, e dà i provvedimenti necessari per « la loro conservazione », poichè altrimenti riuscirebbe inutile l' aver chiesta la separazione. Tra questi provvedimenti havvi quello di nominare un sequestratario (art. 922 del C. di Proc. Civ.), affinchè custodisca tutti i beni del defunto, essendo in questo caso, al dire del Borsari, [2] applicabili tutte le disposizioni relative al sequestro giudiziario. [3]

L'art. 2060 attua nel nostro Codice Civile un' utile riforma già introdotta nel C. Napoleone coll' articolo 2111, che fu sorgente di interminabili dispute tra i commentatori francesi. [4] Il legislatore italiano

[1] Il Borsari: op. cit., pag. 967 osserva in una nota, come l'azione ipotecaria non potrà effettivamente esercitarsi se non in confronto dell'erede o di un rappresentante dell'eredità fosse un curatore dell' eredità giacente; ma l' iscrizione, atto cautatario, dice, non ha bisogno che del nome del defunto; e che solamente la *notorietà* dell' esistenza di nn erede può mettere in pericolo la validità dell' iscrizione.

[2] Borsari: op. cit., pag. 966.

[3] Cioè gli art. 922, 923, 744 e 743 del Codice di Procedura Civile.

[4] Una delle principali questioni, che si agitano in Francia è quella di sapere se l' art. 2111, come quello che fu pubblicato un anno dopo la parte

intento a far sparire tutti i vincoli occulti, si contentò di richiedere la pubblicità del diritto risultante dalla separazione dei patrimoni, quando veniva a colpire dei beni immobili. Rispetto a questi dal silenzio della legge e dalla chiara dizione dell'art. 2060 si deve argomentare, che non sia necessario come pei mobili la domanda giudiziale, ma basti l'iscrizione. Il nostro Codice ha dunque seguito un sistema intermedio, non ha infatti, voluto nè che la separazione fosse *ipso jure* come nel Diritto Antico Francese, nè che dovesse

delle Successioni, si debba intendere avere o no abrogato l'art. 880, col quale sarebbe in aperta contraddizione. Due opinioni si troverebbero di fronte:

1.ª Quella del Merlin, da lui per la prima volta sostenuta nel suo Répertoire, au mot: Séparation des Patrimoines, ed accolta dal Grénier: Donat. 1, pag. 312 e Hypoth. 2, n.° 432 e dal Chabot de l'Allier: op. cit., articolo 880, n.° 9, che implicitamente verrebbe a riconoscere l'esistenza di una *antinomia* tra l'art. 880 e 2111, poichè vorrebbe, fondandosi sull'espressione: *qui demandent la séparation* dell'art. 2111, che quest'articolo fosse venuto a richiedere non solo dentro i sei mesi l'iscrizione, ma anche dentro quel termine la domanda (essendo, lo ricordo, dai più ritenuta necessaria la *domanda* della separazione contro l'opinione di alcuni, tra i quali come vedemmo, il Demolombe: op. cit., tit. XVII, n.° 139). Sicchè non sarebbe più vero il ritenere, che la separazione si potesse far valere sugli immobili, fintantochè si trovano nelle mani dell'erede, come disponeva l'art. 880, ma soltanto nei sei mesi, come disporrebbe l'art. 2111, posteriore di un anno all'art. 878, decretato il 29 Germinale Anno 12.

2.ª Quella del Troplong esternata nel suo trattato: Des Priv. et Hypoth. cap. 2, art. 2111, n.° 325, seguita da quasi tutti i commentatori e specialmente dal Marcadé: op. cit., t. 3, n.° 395, pag. 281; Duranton: op. cit., t. IV, n.° 490; Massé et Vergé sur Zachariae: op. cit., nota 27 e 15; Dufresne: op. cit., n.° 73; Barafort: op. cit., n.° 125; Demolombe: op. cit., n.° 141; Dollinger: op. cit., n.° 105; Dalloz: op. cit., luog. cit., n.° 1473 come pure dalla Giurisprudenza: Pothier 8 Agosto 1828; Colmar 3 Marzo 1834; Nîmes 19 Feb. 1829, che negherebbero l'antinomia tra l'articolo 2111 e 880, confessando tuttavia che l'articolo 2111 sia venuto a mo-

sempre domandarsi, come in Diritto Romano, ma ha distinto, secondo che se trattava di beni mobili o immobili, e mentre pei primi richiese la domanda giudiziale (art. 2059), pei secondi si mostrò soddisfatto di aver esteso loro il principio della pubblicità dei vincoli, che affettano gli immobili (2060) e non fece cenno di domanda giudiziale. Però devesi rimproverare il nostro legislatore, pel modo poco chiaro in cui si è espresso in alcuni articoli, che potrebbero prestarsi a far ritenere, che anche per la separazione da eserci-

dificare l'articolo 880, quasi a completarlo, richiedendo per di più, che una iscrizione dentro i sei mesi sugli immobili ereditari dovesse esser presa, perchè la separazione sortisse pieno effetto. Che se l'iscrizione fosse stata presa dopo i sei mesi, nonostante che l'immobile fosse sempre nelle mani dell'erede, il diritto, come osserva il DURANTON: (op. cit., t. X, n.° 219), sarebbe sempre ipotecario in virtù dell'art. 2113, ma la separazione non avrebbe più effetto rispetto ai creditori personali, che si fossero iscritti prima del creditore del defunto. Nota inoltre TOULLIER-DUVERGIER: op. cit., luog. cit., n.° 544 (non capisco come il TROPLONG: op. cit. e luogo sopra citato, sia venuto a collocare tra i seguaci dell'opinione del Merlin, il Toullier, che invece qui lo combatte) come l'oggetto degli art. 880 e 2111 fosse del tutto diverso, poichè mentre il primo regola la durata dell'azione di cui si tratta, il secondo organizza il diritto di preferenza o in altri termini indica sotto quale condizione, questa azione possa circa agli immobili avere tutta la sua efficacia; e quest'ultima opinione mi sembra infatti la più giusta, sebbene debba confessare di non aver nulla trovato nel LOCRÉ: t. 8, Code Civil, liv. III, tit. 18, pag. 121 della Legislation du C. Civ. ecc., che potesse rivelare la mente del legislatore francese, quando dettava quei nuovi due articoli 2111 e 2113.

Infatti nella Seduta del Consiglio di Stato del 3 Ventoso Anno 12 (23 Febbraio 1804) presieduta dal Cambacérès gli art. 20 e 22, presentati dal Treilhard col Titolo dei Privilegi e delle Ipoteche, e corrispondenti agli articoli 2111 e 2113, non diedero luogo a nessuna osservazione. Nè le osservazioni concernenti specialmente la redazione di quegli articoli, fatte dalla Sezione di Legislazione del Tribunato (LOCRÉ: op. cit., t. 8, pag. 230) il 14 Ventoso anno 12 (5 Marzo 1804), vi gettano maggior luce.

tarsi sugli immobili fosse necessaria la domanda giudiziale. Bene infatti il Cattaneo ([1]) criticava l'espressione: *che ottennero la separazione* dell'art. 2062, ed altrettanto, credo, si potrebbe fare rispetto al modo in cui sono concepiti gli art. 1032, 2055 e 2062, dove, sebbene si tratti della separazione riguardante tanto i mobili che gli immobili, si ragiona sempre però di *domanda,* invece di usare la parola *esercizio,* come all'art. 2057, la quale allontanerebbe ogni dubbio.

Certo è che non più dentro sei mesi, come pell'articolo 2111 del Codice Napoleone, deve iscriversi la separazione dei patrimoni sugli immobili, affinchè sorta piena efficacia, ma dentro i soli tre mesi accordati dall'art. 2057. E questa iscrizione del credito o legato su ciascuno degli immobili dovrà essere presa all'uffizio delle ipoteche del luogo in cui sono situati, dopo la morte del debitore ([2]) s'intende, e siccome quest'iscrizione si risolve in una iscrizione ipotecaria dovrà sottostare alle stesse regole di quella, dovendosi perciò presentare due note che conterranno ciò che dispone l'art. 1987, aggiungendovi il nome del defunto e quello dell'erede, se è conosciuto, e la dichiarazione, che viene presa a titolo di separazione dei patrimoni. Diversifica quest'iscrizione da quella dell'art. 1987 in quanto che non è richiesta l'esibizione

([1]) Cattaneo: Codice Civile art. 2062, pag. 913.

([2]) Il Cattaneo: C. Civ. art. 2062 pag. 913 nota infatti, come fosse stata giudicata nulla un'iscrizione su degli stabili, presa prima della morte del debitore o del legante.

del titolo, (1) che sarebbe necessaria invece, trattandosi di una costituzione di un diritto di ipoteca vero e proprio. La ragione di questa differenza starebbe in ciò, come osservava il Ministro Pisanelli, (2) che sarebbe stato ingiusto far dipendere il diritto alla separazione dei patrimoni dalla sola eventualità dell'esistenza o no di un atto scritto. Farò notare, come l'art. 2060 dica: *su ciascun immobile;* da questa espressione si fa palese, come il nostro legislatore (3) abbia voluto estendere il principio della specialità delle ipoteche anche al vincolo derivante dal benefizio della separazione sugli immobili.

Gli articoli 1940 e 1998 sono applicabili per analogia al caso, che l'iscrizione voluta dall'art. 2060 non sia stata presa, osservando precisamente i modi determinati dall'art. 1987.

L'art. 2061 dice: « Riguardo ai mobili già alie- « nati dall'erede, il diritto alla separazione comprende « soltanto il prezzo non ancora pagato. » Qui non è contemplato il caso, che l'alienazione fosse stata fatta

(1) In questo il nostro Codice ha seguìto il sistema più pratico, altrimenti si sarebbe stati costretti a fare delle distinzioni, e ad ordinare, come il Duranton: op. cit., t. IV, §. 492, che quando si tratti di persone, che non abbiano un titolo, come dei fornitori, debbano questi chiedere la permissione d'iscriversi, la quale per celerità potrebbe forse anche rendersi con semplice ordinanza del Presidente senza approvazione.

(2) Relazione Pisanelli pag. 93.

(3) Anche di fronte al Codice Napoleone, da quanto rilevo dalla nota 23 t. 2 pag. 336 dell'op. cit. di Massé e Vergé sur Zachariae, i più ritenevano, che l'iscrizione dell'art. 2111 dovesse essere speciale sopra ciascuno immobile e non generale *sur tous les biens* come, conformemente ad un giudicato di Nîmes 19 Feb. 1829, alcuni avevano ritenuto.

in frode dei creditori, che allora basterebbe applicare la disposizione generale dell'art. 1235. Nell'art. 2061 si considera il caso, che la vendita dei beni mobili sia avvenuta di buona fede per parte dell'erede, prima che sia stata formata la domanda di separazione dei patrimoni e si decide che essa ciononostante debba comprendere il prezzo non ancora pagato. Ma ciò ad una condizione, secondo il mio modo di vedere, che cioè in conformità dell'art. 2057 non siano peranco trascorsi tre mesi dall'apertura della successione. Non divido dunque in questo punto l'opinione del Righini [1], che vedrebbe nell'art. 2061 una deroga all'art. 2057. Non bisogna dimenticare, che l'art. 2057 dice chiaramente, che la separazione può essere chiesta nel termine *perentorio* di tre mesi, e *perentorio,* come ho già notato, significa che non può essere prorogato. Non comprendo dunque come il Righini abbia voluto vedervi un'eccezione al principio generale posto nell'art. 2057, dal quale il legislatore non ha pensato mai a dipartirsi, nè specialmente all'art. 2061, poichè se tale realmente fosse stata la sua intenzione l'avrebbe espressamente dichiarata, dovendosi ritenere, che non tanto facilmente il legislatore voglia derogare al principio: *quod voluit dixit, quod noluit tacuit.* E del resto, credo che senza

[1] Il Righini: op. cit. a pagina 68 dice infatti a questo proposito. « È questa una eccezione alla regola dedotta all'art. 2057, che la separazione possa « utilmente attuarsi sui beni ereditari nel termine di tre mesi dall'aperta « successione e con effetto retroattivo al giorno in cui la successione si aprì. »

bisogno di cercare nell'art. 2061 un'eccezione all'articolo 2057, la spiegazione che ne ho data sia sufficiente. L'art. 2061 verrebbe soltanto a togliere ogni dubbio, che dinanzi al silenzio delle leggi romane o del Codice Napoleone avrebbe potuto sorgere, circa all'ammettere o no, che la separazione dei patrimoni si possa far valere sul prezzo retratto dalla vendita dei beni mobili ereditari, quando questo non si è confuso colle altre somme dell'eredità per non esser stato peranco pagato.

Si avverta inoltre, che questa disposizione è applicabile anche nel caso di alienazione di immobili ereditari, quando nei tre mesi la separazione è stata presa e il prezzo non è stato pagato. Nè si può addurre di fronte all'art. 2061 il principio: *inclusio unius est exclusio alterius* per negare tale diritto rispetto al prezzo retratto dalla vendita di beni immobili, poichè bisogna por mente allo scopo che ha avuto il legislatore italiano dettando quell'articolo. Esso non ha voluto tanto affermare il diritto di chi chiede la separazione sul prezzo retratto dalla vendita di beni mobili, che del resto era da quasi tutti pacificamente riconosciuto, quanto escludere, che questi beni mobili possono essere perseguitati in terze mani, quando furono alienati. Bisogna dunque fare bene attenzione ai termini di cui si è servito il legislatore nell'art. 2061, all'espressione « comprende *soltanto* il prezzo » che rivela il suo animo.

Del resto è da lodarsi, ch'egli non abbia voluto

porre una nuova eccezione, nella materia della separazione dei patrimoni, al principio introdotto per la sicurezza delle giornaliere contrattazioni all'art. 707, che « . . . . il possesso produce a favore dei terzi di buona « fede l'effetto stesso del titolo. » Fedele al dettato, che le cose mobili *non habent sequelam,* fece bene il nostro legislatore con quel « *soltanto* » dell'art. 2061 a far comprendere, che non voleva che la disposizione dell'art. 2062 riguardante gli immobili si estendesse ai beni mobili, poichè sarebbe stato ingiusto, che chi di buona fede senza indagare il titolo avesse acquistata una cosa mobile, se la vedesse portar via da un creditore ereditario, che a sua insaputa aveva con una domanda giudiziale chiesto posteriormente la separazione dei patrimoni. Però a mio avviso più logico sarebbe stato far precedere l'art. 2062 al 2061. A togliere poi ogni dubbio, che la disposizione dell'art. 2061 si debba estendere anche al prezzo non ancora pagato, retratto dalla alienazione di immobili ereditari, si potrà ricorrere all'art. 2062, che ora commenterò, e dedurre da quello, che siccome la separazione si potrà far valere perfino sull'immobile alienato, il cui titolo d'acquisto è stato trascritto, tanto più dovrà comprendere il prezzo suo, quando non è stato pagato, resultando in un modo chiaro e evidente dall'art. 2062 quanto il nostro legislatore volesse favorire in questa materia i creditori ereditari.

L'art. 2062, al quale ho già avuto più volte occasione di riferirmi dice: « Le ipoteche iscritte sugli

« immobili dell'eredità a favore dei creditori dell'erede,
« e le alienazioni anche trascritte degli immobili stessi
« non pregiudicano in alcun modo ai diritti dei credi-
« tori del defunto e dei legatari, che ottennero la
« separazione nell'anzidetto termine di tre mesi. » Il nostro Codice in questo articolo non si è uniformato precisamente ai principii del Diritto Romano, ma ha accolta un'opinione, che sebbene accettata da autorevoli giureconsulti francesi, è però da altri violentemente osteggiata. [1] Esso mentre viene a sanzionare la massima contenuta anche nella l. 1, §. 3, Dig. De Sep. che le ipoteche accordate all' erede sugli immobili ereditari, sebbene iscritte, non potessero con efficacia essere opposte a quei creditori ereditari, che nel termine utile avessero posteriormente chiesta la separazione, da un altro lato disponeva contrariamente alla l. 2, Dig. De Sep. Egli riteneva infatti che lo stesso si dovesse dire trattandosi pure di alienazioni perfino se fossero state trascritte. Non è dunque più vero di fronte al nostro Codice il principio: *quae bona fide medio tempore per heredem gesta sunt rata conservari solent,* il creditore ereditario esercitando

[1] Sebbene anche di fronte al Cod. Nap. havvi chi pensa, che si possa far valere la separazione anche su gli immobili alienati, i più però ritengono l'opinione contraria. Del resto si vedano su questo, che è uno dei punti i più controversi le varie opinioni del Domat: luog. cit., n.° 5; Chabot: op. cit., articolo 880, n.° 5, pag. 563; Toullier-Duvergier: op. cit., n.° 540, p. 348 e nota; Dalloz: luog. cit., n.° 1490, 1500 e 1501; Marcadé: op. cit., t. 3, pag. 202; Massé e Vergé sur Zachariae: op. cit., t. 2.°, pag. 338, nota 26; Grénier: op. cit., t. 2.°, n.° 432; Duranton: op. cit., t. IV, n.° 490 e 491; Mourlon: 2.° Examen ecc. t. 2.°, n.° 475; Dufresne: op. cit., n.°. 41, pag. 36.

dentro i tre mesi la separazione in virtù dell'art. 2062 ha un'azione reale, che varrà ad assicurargli il suo diritto sugli immobili in qualunque mano essi siano, non rispettando nessuna contrattazione precedente fatta dall'erede e di cui essi furono l'obbietto.

I terzi acquirenti di buona fede di immobili ereditari, che pacificamente se li godevano, dopo aver debitamente fatto trascrivere a norma dell'art. 1932 n.° 1 il loro atto d'acquisto interceduto con una persona che avevano luogo di credere capace di trasferire loro il dominio di quei beni, potranno ad un tratto vederseli togliere, sorgendo un creditore del defunto o un legatario, che venga a chiedere la separazione nel tempo utile.

Ma in questo modo non si vengono a ledere i diritti dei terzi acquirenti? Credo, che il Righini [1] abbia usata troppa precipitazione, quando è venuto a lodare il principio dell'art. 2062, contrario alla dottrina romana. Se male non mi appongo, il nostro legislatore si è lasciato forse troppo dominare dall'idea di voler favorire i creditori ereditari ed ha sagrificati i terzi acquirenti. Egli si è spaventato al pensiero di un erede, che appena entrato in possesso dei beni immobili li avesse venduti, rendendo così illusorio il diritto, che su quelli avrebbe voluto esercitare nel seguito un creditore ereditario o un legatario col chiederne la separazione, e non ha

[1] Righini: op. cit., pag. 69.

pensato all'art. 1235, che sarebbe stato sufficiente nel maggior numero dei casi per riparare a tale inconveniente. Che se talvolta non si potesse provare nell'erede la frode, vizio risolutorio di tutti i contratti, sicchè valida dovesse ritenersi l'alienazione dell'immobile, non sentirei neppure in tal caso un imperioso bisogno del nuovo principio dell'art. 2062. La situazione, che ne risulterebbe non mi sembrerebbe, certo contraria ai principii di ragione e di equità! Considererei col Chabot, [1] che l'erede quando alienò senza frode aveva diritto di farlo, poichè in virtù del principio: *le mort saisit le vif,* è dal momento dell'apertura della successione che è divenuto padrone dai beni ereditari e tanto peggio per i creditori del defunto, se tosto non chiedono la separazione dei patrimoni e non provvedono ai loro interessi.

Ma così non ha pensato il nostro legislatore, che non si è contentato di accordare un diritto reale sugli immobili semplicemente alienati, purchè non trascritti, ma anche su quelli, il cui titolo d'acquisto è già stato trascritto. Egli è venuto in questo modo a far sì che i terzi acquirenti, possano talvolta essere fortemente danneggiati, checchè ne dica il Righini, non potendosi sempre pretendere, ch'essi esaminino i titoli di provenienza della proprietà, nè essendo sempre facile all'erede il poterli presentare.

Per tutte queste ragioni, ritengo dunque, che non

[1] Chabot de l'Allier: op. cit., t. 2, art. 880, n.° 5.

sia da approvare l'art. 2062, che, mentre si compieva nel nostro Codice la tanto lodata riforma, che mirava ad accrescere la pubblicità di tutti i vincoli che affettano gli immobili, veniva al contrario a creare un nuovo vincolo occulto.

Tuttavia non vuolsi negare, che il disposto dell'art. 2062 è però consentaneo all'idea data precedentemente del benefizio della separazione, come di una finzione giuridica, per la quale nell'interesse di certe persone non si considera il patrimonio del defunto passato nell'erede. Ma lo ripeto, ciononostante non posso approvare l'art. 2062, perchè sono spaventato dall'idea del danno, che nella pratica potrebbero risentire coloro, che inconsci della veste assunta da quella persona, che come erede aveva loro alienato dei beni ereditari, potrebbero quando meno se lo aspettano, essere lesi nei loro diritti.

L'art. 2062, come ho già avuto luogo di accennare nel precedente paragrafo, assume un'importanza speciale, quando si osservi coll'egregio Prof. Gabba, come egli segni la più gran deroga ai principii della Trascrizione. Non è infatti più vero, che l'art. 1942 sia la sola eccezione al canone fondamentale, che nessuna costituzione di diritti sugli immobili per atti tra vivi o per atti dichiarativi di proprietà per mezzo di una sentenza, non possa essere opposta ai terzi. L'art. 2062 pone dunque un'eccezione ai princpii della Trascrizione ancor più grande di quella del 2.° alinea dell'art. 1942 poichè, come ho già av-

vertito, non solo permette che la separazione conseguita sugli immobili, possa farsi valere in confronto di coloro che hanno iscritto un diritto ipotecario sui bei ereditari, ma perfino contro coloro che hanno già trascritto il loro titolo d'acquisto.

Nell'art. 2062 finalmente trovo ancora una conferma alla deroga dei principii del Diritto Romano, già da me notata all'art. 2057. La separazione dei patrimoni, purchè intentata nel termine di tre mesi, si considererà come se fosse stata chiesta non dal giorno della accettazione dell'eredità, ma bensì dall'apertura stessa della successione e circa ai suoi effetti a quel giorno pell'appunto risalirà, [1] sicchè il diritto reale di preferenza che ne risulterà si farà valere, come dice il Righini [2], in confronto di qualsiasi altro creditore, che non abbia causa dal defunto o che all'epoca dell'aperta successione non possedesse già una garanzia reale, il *jus in re* (privilegio, ipoteca) sulla sostanza dal defunto abbandonata.

L'art. 2063 dice: « La separazione dei patrimoni « non giova che a coloro che l'hanno domandata, e « non altera fra di essi, riguardo ai beni del defunto, « l'originaria condizione giuridica dei titoli rispettivi « e i loro diritti di poziorità ». La prima parte di

[1] Non con troppa ragione adunque il Cattaneo: Cod. Civ. art. 2062: pag. 913 diceva: « è *evidente,* che l'effetto dell'iscrizione dovrà risalire *di* « *necessità* alla morte del debitore » ciò infatti non accadeva nel Diritto Romano, e non a torto, come mi sono sforzato di dimostrare testè combattendo l'art. 2062.

[2] Righini: op. cit., pag. 70.

questo articolo riproduce l'insegnamento di Ulpiano consegnato nella l. 1, §. 16, Dig. De Sep., dal quale però si era allontanata la giurisprudenza dell'Antico Diritto Francese, che era venuta a sostenere invece, che come la separazione giovava ad uno, così dovesse giovare a tutti gli altri creditori ereditari o legatari, principio che del resto era in relazione colla dottrina da essa insegnata, che questo benefizio non avesse bisogno di essere chiesto, ma fosse *de plein droit.* I commentatori francesi di fronte al silenzio del Codice Napoleone, si divisero in due schiere, alcuni ritenendo, che giovasse soltanto a coloro, che l'avessero domandato, altri a tutti i creditori. Doveva spettare al Codice Parmense, il far cessare ogni dubbio e il far ritorno alla giusta dottrina romana. Il nostro legislatore finalmente, coerentemente all'idea che si formava della separazione dei patrimoni, per maggior chiarezza riproduceva la disposizione del Codice di Parma, volendo con ciò evitare, che sorgesse rispetto al nostro Codice la controversia, che rispetto al Codice Napoleone aveva diviso i suoi commentatori. Ed era naturale, poichè come diceva lo stesso Pisanelli [1] dovendo la domanda del benefizio indicare la somma per cui è chiesta la separazione, non può operare, che sino a concorrenza di questa somma riguardo ai terzi, stabilendo altrimenti, si derogherebbe al principio di pubblicità.

[1] Relazione Pisanelli, pag. 94.

Nello stesso articolo veniva poi a togliere di mezzo una questione, che divise gli interpreti del D. Romano, non meno che quelli del Cod. Napoleone, [1] ordinando che non solo non giovava che a coloro che l'avevano domandata, ma anche non potersi ammettere, che gli altri creditori o legatari si prevalgano della separazione ottenuta da alcuni di loro sino a concorrenza della relativa somma. E nel dirimere tale controversia era diretto dalla assennata considerazione, che sarebbe stato ingiusto, che i creditori negligenti, che non chiesero la separazione, dovessero non solo risentire qualche vantaggio ma anche talvolta primeggiare i creditori diligenti che l'avevano presa.

L'art. 2064 osserva che: « L'erede può impedire « o far cessare la separazione pagando i creditori e i « legatari, o dando cauzione per il pagamento di quelli « il cui diritto fosse sospeso da condizione o da termine, « o fosse contestato. » Quest'articolo è consentaneo ai principii della separazione e al suo scopo, che è di garantire i creditori ereditari ed i legatari del pagamento di quanto è loro dovuto sui beni del defunto; ora quando essi sono stati realmente pagati è giusto che si applichi il principio: *cessante ratione legis, cessat et ipsa lex* e che non si faccia più luogo alla separazione. E lo stesso si dovrà dire nel caso, che soltanto si

[1] Vedi Chabot: op. cit., pag. 551, nota; Merlin: luog. cit., §. 5, n.° IV; Demolombe: op. cit., tit. XVII, n.° 222; Masson: op. cit., cap. XV, n.° 118; Blondeau: op. cit., pag. 481 e seg.; Dufresne: op. cit., n.° 99 e seg.; Barafort: op. cit., n.° 193 e seg.; Dalloz: luog. cit., 1493 e seg., e giudicato da lui riportato del 21 Giugno 1841 della Corte di Grenoble.

dia cauzione di soddisfare un creditore ereditario, il cui credito è sospeso da condizione, termine o lite, poichè questo creditore non può pretendere di essere pagato subito, in tal caso otterrebbe più di quello che conseguirebbe colla separazione, che è intesa soltanto a tutelare il suo diritto.

L'art. 2064 inoltre viene a confermare la regola già da me data, che questo benefizio spetta ai legatari ed ai creditori ereditari, qualunque essi siano, perfino se il loro credito è contestato.

L'art. 2065 dice: « Tutte le disposizioni relative « alle ipoteche sono applicabili al vincolo derivante « dalla separazione dei patrimoni regolarmente in- « scritto sopra gli immobili dell'eredità ». Quando nel termine di tre mesi si avrà esercitato il diritto della separazione dei patrimoni sugli immobili, allora si applicheranno tutte le disposizioni relative alle ipoteche concernenti la loro rinnovazione, ordine, effetti, liberazione ecc., e che io per brevità non starò qui a considerare partitamente.

Coll'art. 2065 cessa il nostro Codice di parlare della separazione dei patrimoni e se in esso non vennero sciolte tutte le controversie, che tanto divisero i giureconsulti, tuttavia potranno risolversi sia coi principii generali posti intorno a questa materia, come ho fatto rispetto alla questione, che ha formato oggetto speciale di questa tesi, sia colla scorta del Diritto Romano, al quale in vari punti, come ho notato, ben mostrò il nostro legislatore di voler fare ritorno.

Così ricorrendo alla l. 3, Dig. De Sep. *Debitor fidejussori ecc.* si potrà sostenere, che tanto nel caso, che il debitore principale divenga erede del suo fidejussore, quanto in quello in cui il fidejussore divenga erede del suo debitore principale, potrà il creditore domandare la separazione dei patrimoni. E chiamando in appoggio, sia la l. 1, §. 1, eod. tit., sia il principio *inclusio unius est exclusio alterius,* sostenibile di fronte ai nostri articoli 1032 e 2055 si verrà a negare ai creditori dell'erede il diritto di chiedere la separazione dei patrimoni. Nè su questo punto deve sorgere dubbio alcuno intorno al ritenere, che il nostro Codice non abbia voluto seguire l'antico Diritto Francese, [1] che invece permetteva ai creditori dell'erede di valersi di questo benefizio. Invano si sosterrebbe l'opinione contraria, fondandosi sul silenzio del nostro Codice, che espressamente non venne a negare tale diritto ai creditori dell'erede, come aveva fatto il Codice Napoleone all'art. 881. Il nostro legislatore non riconobbe la necessità di riprodurre l'art. 881, poichè l'insegnamento in esso contenuto era implicito nel concetto stesso che si formava della separazione dei patrimoni e non si poteva dire, che per ragioni di *equità,* di *reciprocità,* si dovesse tuttavia accordare anche ai creditori dell'erede il benefizio della separazione dei

[1] Vedi Domat: op. cit., lib. IV, tit. 2, sez. 1.ª, n.º 1, che riteneva, che anche i creditori dell'erede potessero chiedere la separazione e che circa all'opinione contraria sostenuta dalla l. 1, §. 2, Dig. De Sep. diceva: « cette « subtilité n'a pas été goûtée dans notre usage ».

patrimoni poichè questi come ebbi già luogo di notare nella parte del Diritto Romano sono in altri modi abbastanza tutelati. Anzi, non esito a dire, che i diritti dei creditori dell'erede sono forse ancor più tutelati di quelli dei creditori del defunto, poichè mentre questi devono fare degli atti dentro un certo tempo, per ottenere la separazione e per non decadere dai diritti che hanno sui beni, sui quali avevano fatto fino allora assegnamento, i creditori dell' erede al contrario possono aspettare perfino quando sia avvenuta la confusione, per ottenere coll'*actio Pauliana* (1) che le cose siano rimesse nello stato primitivo, dimostrando essere avvenuta l'accettazione in frode dei loro diritti, specialmente se possono provare che l'erede fu consigliato da altri o da loro stessi a ricusare l'eredità come dannosa. Faceva dunque bene il Codice Napoleone ad ispirarsi ai savi principii del Diritto Romano col non ammettere, che i creditori dell'erede potessero chiedere la separazione dei patrimoni, rigettando così non solo

(1) Il Dufresne: op. cit., pag. 19, farebbe dire al Chabot: op. cit., sur l'art. 881, n.° 2, che in questo caso esso non ammetterebbe l'applicazione dell'art. 1235, fondandosi sul silenzio della legge che in nessun articolo non viene ad autorizzare l'applicazione del principio dell'azione Pauliana all'accettazione fraudolenta per parte dell' erede. Ma ciò non è necessario risponde lo stesso Dufresne siccome non c'è nessun articolo che l'impedisca s'intende, anche questo caso compreso nell'art. 1235. Il Dollinger: op. cit., n.° 56 osserva cha il Dufresne non comprese il Chabot, che non voleva già negare tale facoltà ai creditori dell'erede, ma soltanto osservava, come fosse principio elementare, che l'accettazione di una successione è irrevocabile e che i creditori soltanto in certi casi speciali possono allontanare gli effetti disastrosi, che poteva avere per essi.

l'opinione dell'antica giurisprudenza francese, (1) ma anche gli erronei suggerimenti di alcune Corti d'Appello. (2) E si deve in un modo indubitato ritenere, che eguale opinione accolse pure il nostro legislatore italiano.

A completare questa rapida esposizione della separazione dei patrimoni ricorderò, come anche le Disposizioni Transitorie del 1865 all'art. 43 se ne occupassero. In quell'articolo fece bene il legislatore italiano ad uniformarsi ai principii generali della dottrina della retroattività. Esso lasciò chiaramente adito a ritenere, che tanto il diritto a chiedere la separazione, quanto le condizioni e gli effetti di questo benefizio, dovevano sempre essere regolati dalla legge vigente nel giorno dell'apertura della successione. Tale è l'insegnamento contenuto, non solo nel Dalloz, (3) ma anche nella teoria della Retroattività delle Leggi del Prof. C. F. Gabba. (4)

(1) Al dire del Bonifacio: t. 2, lib. IV, tit. 3, cap. 7, gli antichi giureconsulti francesi sarebbero giunti ad accordare la separazione perfino ai *legatari dell'erede*. Secondo il Merlin: luog. cit., §. 1, n.° V, quest'opinione sarebbe stata accolta fondandosi sull'autorità del Diritto Romano. Su che fondi il Merlin tale opinione, non so veramente capire, avendo visto precedentemente come il Domat a questo proposito avvertiva, che anzi si derogava ai principii del Diritto Romano.

(2) Vedi Dollinger: op. cit., n.° 55.

(3) Dalloz: luog. cit., §. 2, n.° 1469.

(4) Gabba: Teoria della Retroattività delle Leggi, t. 3, fascic. XVII, pag. 236 e seg.

CONCLUSIONE

Riassumendo in poche parole il fin qui detto, farò osservare come il diritto alla separazione dei patrimoni finisse per spettare ai soli creditori ereditari e legatari e come il suo concetto sempre più si allargasse nelle moderne legislazioni. Questo benefizio infatti, secondo il mio modo di vedere, ha percorso quattro diverse fasi.

Dapprima era retto dai sommi principii del Diritto Romano; però anche allora, come ho già notato, si trovava regolato in un modo non abbastanza chiaro e non rispondeva al concetto più equo che *de jure condendo* doveva formarsi. Dal Diritto Romano passò nell'antico Diritto Consuetudinario Francese, che accrebbe le incertezze ed i dubbi, e venne a far cambiare completamente carattere a questa istituzione. La legislazione del Codice Napoleone in pochi e disordinati articoli riproduceva gli erronei ammaestramenti del Droit Coutumier, comin-

ciando però ad applicare ad esso il non mai abbastanza lodato principio della *pubblicità* di tutti i vincoli, che affettano gli immobili. E il Codice Civile Italiano, mentre coll'art. 2060, richiedeva sempre l'iscrizione, perchè potesse in qualunque modo farsi valere sugli immobili, da un altro lato veniva forse a danneggiare troppo i terzi coll'art. 2062 da lui dettato coerentemente all'idea, che si formava della separazione quale un diritto privilegiato *sui generis*. Ma almeno faceva ritorno in molti punti a quel Diritto Romano, che a torto aveva abbandonato l'antico Diritto Francese.

Meritate lodi ritengo dunque debbano spettare al legislatore italiano, che meglio di tutti regolò e riordinò questa materia. Tuttavia non vuolsi negare, che essa sia suscettiva di un ulteriore progresso e che sia da deplorarsi che il Titolo XXIV del Libro III del nostro Codice, nel quale si potrebbero introdurre alcune utili modificazioni, non si sia occupato di un maggior numero di questioni controverse, non ultima delle quali avrebbe dovuto essere la questione da me specialmente considerata: DEI RAPPORTI TRA I CREDITORI DEL DEFUNTO E QUELLI DELL'EREDE RISULTANTI DALLA SEPARAZIONE DEI PATRIMONI.

15 Decembre 1870.

		ERRATA	CORRIGE
Pagina	Linea		
5	13	*sui* e *necessarii*	*sui et necessarii*
11	5	perchè	purchè
30	5	e soltanto	soltanto
33	19-20	ambulatoria est enim humana voluntas usque ad extremum exitum	ambulatoria enim est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum
41	1	capitolo,	capitolo
80	10	preferiti	preferite